"عقـــد البيع"

في

القانون المدنـي المصري

تأليـــــف

الدكتور / مصطفى عبد الجواد

أستاذ القانون المدنـي المساعد - كلية الحقوق

جامعة بنـي سويف

الناشر

دار الثقافة العربيـــة

٢٠٠٦ / ٢٠٠٧

" بسم الله الرحمن الرحيــم "

((وَأَحَلَّ اللَّهُ البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا......))

سورة البقرة آية رقم (٢٧٥)

تمهيـــــــد

يعتبر عقد البيع من أهم العقود المدنية، علاوة على أنه أكثرها شـيوعاً وانتشاراً بين الناس، إذ البيع والشراء لا غنى عنهما في أي مجـتمع مـن المجتمعات المعاصرة، إذ عن طريقهما يشبع الإنسان رغباته ويحقق حاجاته، فالمنتج ينتج لا ليستهلك ما ينتجه وإنما ليقوم بطـرحه فـي الأسواق ليشتريه الناس، وهذا المنتج نفسه يحتاج إلى أشـياء أخـرى يـشبع بها حاجاته، ويشتريها من الآخرين، فأفراد المجـتمع ليسوا إلا بائعين تارة ومشترين تارة أخرى، وعن طريق عملـيات البيع والشراء تنتقل ملكية الأشياء من شخص إلى شخص آخـر، وتنتقل النقود التي تدفع مقابل امتلاك هذه الأشياء من يد إلى أخرى[1] .

عقـد البيع يعد إذاً وسيلة من وسائل إشباع الحاجات الإنسانية وانـتقال الثـروات بين الناس، كما يلعب دوراً هاماً في نشر الأمن وتحقيق الاستقرار في المجتمع، إذ لولا وجود هذا العقد لسعى الناس إلـى إشـباع حاجاتهم بطرق أخرى غير مشروعة، مما يهدد كيان المجتمع ويقوض أسس الأمن والاستقرار فيه .

---

(١) د/ حمدي محمد عطيفي : دروس في عقد البيع – ١٩٩٢/٩١ – ص٣ .
– وقـد حـل عقـد البيع محل نظام المقايضة الذي كان سائداً في المجتمعات القديمة .

وقــد اهتمت التشريعات المختلفة بوضع قواعد تفصيلية تنظم عقــد البــيع، وهذه القواعد يلجأ إليها الفقه عند دراسة العقود المدنية الأخرى.

ويخــضع عقــد البــيع للأحكام الخاصة به والتي وردت في التقنــين المدني المصري في المواد من ٤١٨ : ٤٨١ وذلك باعتبار البيع من أهم العقود المسماة التي نظمها المشرع المصري .

وإلـــى جانب الأحكام الخاصة هذه، يخضع عقد البيع لأحكام النظرية العامة للعقد باعتبار العقد من أهم مصادر الالتزامات .

خطـــة الدراســـة :

نقــسم الحــديث في عقد البيع إلى فصلين، ندرس في الأول ماهــية عقــد البيع وأركانه، ونخصص الثاني لبيان آثار عقد البيع، وذلك كما يلي :

الفصل الأول :

ماهية عقد البيع وأركانه .

الفصل الثاني :

آثار عقد البيع .

الفصل الأول

" ماهية عقد البيع وأركانــه "

يلــزم بــداءة أن نعــرف عقد البيع ونبين خصائصه، ونميز بينه وبين غيره من العقود المدنية الأخرى، ثم نوضح أركانه،وذلك من خلال مبحثين كالتالي :

المبحث الأول :

ماهية عقد البيع .

المبحث الثاني :

أركان عقد البيــع .

المبحث الأول
" ماهية عقد البيـــع "

نعـــرف عقد البيع ونحدد خصائصه في مطلب أول، ثم نميزه عن غيره من العقود المدنية في مطلب ثان .

المطلب الأول
" تعريف عقد البيع وخصائصه "

كان التقنين المدني السابق يعرف عقد البيع بأنه : " عقد يلتزم به أحد المتعاقدين بنقل ملكية شيء للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما "[٢].

وقد وجه الفقه النقد لهذا التعريف لأنه يقصر محل البيع على نقـل ملكـية الأشياء فقط في حين أنه ليس هناك ما يمنع من ورود البـيع علـى أي حق مالي آخر غير ملكية الأشياء كحق الانتفاع أو حقـوق الارتفاق أو حق الملكية الأدبية، كما أن التعريف المذكور لا يـنص على نقدية الثمن – أي اشتراط أن يكون الثمن نقدياً – مع أن هذا الأمر جوهري لأنه يميز البيع عن المقايضة[٣].

---

(٢) راجع المادة ٢٣٥ مدني أهلي، والمادة / ٣٠٠ مدني مختلط .

(٣) انظـر : أسـتاذنا الدكتور / جميل الشرقاوي : شرح العقود المدنية – الجزء الأول – البـيع والمقايـضة والإيجـار – دار النهـضة العربية – القاهرة – ١٩٦٤ – ص ١٧، ص ١٨ .

وقـد أراد المشرع المصري في التقنين المدني الحالي تلافي هـذين الانـتقادين فعرف عقد البيع في المادة / ٤١٨ قائلاً : " البيع عقـد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي "(٤).

ويأخـذ البعض على تعريف المشرع المصري لعقد البيع في المـادة / ٤١٨ من القانون المدني أنه لا يشير صراحة إلى أهم أثر يتـرتب علـى البـيع في القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد(٥).

وهـذا النقد مردود عليه من جانب البعض الآخر، بأن انتقال الملكـية لـيس أثراً لعقد البيع، ولكنه أثر للالتزام بنقل الملكية الذي ينشئه البيع(٦).

---

(٤) والتعـريف مأخـوذ عـن القانون المصري السابق، انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ ٤ - ص ١٥.

(٥) راجع : أستاذنا الدكتور / سليمان مرقس : موجز البيع والإيجار - ١٩٥٨ - ص ١٦.

(٦) د/ منـصور مـصطفى منـصور : البيع والمقايضة والإيجار - ص ١٤ وما بعـدها، د/ إسـماعيل غـانم : مذكـرات في العقود المسماة - عقد البيع - ١٩٥٨ - ص ٢٠، وفـي نفس المعنى : د/ عبد الرازق أحمد السنهوري : الوسـيط فـي شرح القانون المدني - الجزء الرابع - العقود التي تقع على الملكـية - البـيع والمقايـضة - تنقيح المستشار / أحمد مدحت المراغي - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٤ - هامش ٢ - ص ٢١ .

خصائص عقد البيـــع :

مـــن التعـــريف السابق لعقد البيع والذي تضمنه نص المادة ٤١٨ مدني، يمكن القول بأن هذا العقد يتميز بالخصائص التالية :

أولا : عقد البيع عقد ناقل للملكية أو منشئ لإلتزام بنقلها :

لـــم يكن البيع في القانون الروماني من العقود الناقلة للملكية، إذ لـــم يكن يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية إلى المشتري إلا إذا اتفـــق علـــى ذلك صراحة، وكل ما كان يرتبه عقد البيع في ذمة الـــبائع هو الالتزام بنقل الحيازة الهادئة للمشتري، أما نقل الملكية – سواء كان البائع قد التزام به صراحة في العقد أو لم يكن قد التزم به – فكـــان يـــتوقف على إتباع إجراءات خاصة مستقلة عن عقد البيع وهي الإشهار أو التنازل القضائي أو التسليم أو التقادم . وظل الأمر كـــذلك فـــي القانـــون الفرنـــسي القديم إذ لم تكن الملكية تنتقل إلى المشتري إلا بإجراء لاحق هو التسليم[٧].

غيـــر أن القانـــون المدنـــي الفرنسي الحالي قد جعل البيع ذاته ناقلاً للملكـــية، إذ رتـــب في ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشتري، فنصت المادة / ١٥٨٣ مـــــن القانـــــون المدنـــــي الفرنـــــسي علـــــى أن يكتـــــسب

---

(٧) د/ خمـــيس خـــضر : العقـــود المدنية الكبيرة – الطبعة الثانية – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٤ – ص ١٤، ص ١٥ .

المـــشتري من البائع قانوناً ملكية المبيع، بمجرد اتفاقهما على المبيع والثمن، ولو كان المبيع لم يسلم والثمن لم يدفع بعد[٨].

وقد كان القانون المدني المصري السابق ينص على أن البائع يلتـــزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري[٩]، وكذلك فعل القانون المدني المصري الحالي في المادة / ٤١٨ .

وكان الفقه الإسلامي قد ذهب إلى ذلك أيضاً قبل هذا التطور، فجعـــل البـــيع ناقلاً للملكية بحيث يصبح مشتري العقار أو المنقول مالكاً للمبيع بمجرد العقد[١٠].

وهكذا، فإن البيع من العقود الناقلة للملكية في القانون المدني المصري، أو على الأقل يرتب التزاماً في ذمة البائع بنقل الملكية إلى المشتري، وإذا لم يوجد مثل هذا الالتزام فلا يعد العقد بيعاً .

وقـــد نص القانون المدني المصري في المادة / ٢٠٤ منه على أن : "الالتـــزام بـــنقل الملكـــية أو أي حـــق عينـــي آخـــر يـــنقل مـــن تلقـــاء

---

(٨) وهذا نص المادة / ١٥٨٣ باللغة الفرنسية :

" Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est a cquise de droit à l'acheteur à l' égard du vendeur, dés qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé . "

(٩) راجع المادة / ٢٣٥ مدني أهلي، والمادة / ٣٠٠ مدني مختلط .

(١٠) انظر : بدائع الصناع للكاساني – جـ٥ – ص ٢٤٣ .

نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " .

ومن ثم، فإن الأصل في البيع أنه لا يقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية،وإنما ينقل الملكية بذاته، إلا أن هناك حالات لا تنتقل فيها الملكية بمجرد العقد ومنها بيع ملك الغير والبيع العقاري، وفي مثل هذه الحالات يقتصر أثر البيع على إنشاء التزام بنقل الملكية في ذمة البائع(١١) . ويجب على البائع أن يقوم بالأعمال اللازمة لتنفيذ هذا الالتزام، مثل القيام بالإجراءات التي يستلزمها تسجيل العقار المبيع(١٢).

ثانياً : عقد البيع من العقود الرضائية :

البيع عقد رضائي، إذ يكفي لانعقاده – بحسب الأصل – مجرد تراضي الطرفين، دون حاجة إلى أي إجراء آخر، فهو ليس

---

(١١) كما أن هناك حالات يتراخى فيها نقل الملكية إما بنص في القانون أو في الاتفاق، انظر في هذه الحالات،والحالات التي لا تنتقل فيها الملكية بمجرد العقد، أستاذنا الدكتور / رمضان أبو السعود : شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية – ٢٠٠٣ – ص ٤٤ وما بعدها .

(١٢) د/ سليمان مرقس : شرح القانون المدني – جـ٣ – العقود المسماة – المجلد الأول – عقد البيع – الطبعة الرابعة – ١٩٨٠ – ص ٢٠ .

عقـداً شـكلياً، ولـيس عقداً عينياً، حيث ينعقد دون حاجة إلى تسليم المبيع أو دفع الثمن[١٣].

ويظـل عقـد البيع رضائياً حتى ولو كان وارداً على عقار، رغم أن الملكية في العقارات لا تنتقل – سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنـسبة إلى الغير – إلا بالتسجيل، لأن البيع العقاري ينعقد بمجرد التراضي، بل ويرتب قبل تسجيله جميع الآثار التي تترتب – عادة – على البيع في العلاقة بين المشتري والبائع، بما في ذلك التزام البائع بـنقل ملكـية المبـيع وتـسليمه، والتزام المشتري بدفع الثمن، فقط يتراخـى انـتقال الملكية بمقتضى قانون الشهر العقاري إلى ما بعد حـصول التسجيل، وإذا كان التسجيل يقتضي تدوين (كتابة) البيع فـي محـرر، فإن الكتابة هنا ليست شرطاً لانعقاد البيع، وإنما هي شرط أو أداة لإثبات العقد تجعله صالحاً للتسجيل[١٤].

غير أن رضائية البيع ليست من النظام العام، وبالتالي يجوز للمـتعاقدين الإتفـاق على أن البيع لا ينعقد إلا إذا تم في شكل معين يـتفقان عليه، كتدوينه في ورقة رسمية أو عرفية خلال مهلة معينة،

---

(١٣) راجـع أسـتاذنا الدكـتور / محمد شكري سرور : شرح أحكام عقد البيع – ١٩٩٧ – ص ١٦ .

(١٤) د/ شكري سرور : ص ١٧ .

وفي هذه الحالة لا ينعقد البيع إلا إذا تم وفقاً للشكل المتفق عليه(١٥).

كمـا أن المـشرع نفسه قد يشترط لانعقاد البيع استيفاء شكل معين كالكتابة، ومن ذلك حالة البيع الذي يكون فيه الثمن في صورة إيـراد مـرتب مدى الحياة، حيث يشترط لانعقاده أن يتم كتابة وذلك إعمالاً لما تشترطه المادة/ ٧٤٣ من القانون المدني من أن : " العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً .... " .

ثالثاً : عقد البيع ملزم للجانبين :

يعتبـر البـيع من العقود الملزمة للجانبين لأنه ينشئ بمجرد انعقـاده التزامات متبادلة ومتقابلة في ذمة كل من طرفيه، فهو يلزم الـبائع بتسليم المبيع ويلزم المشتري بدفع الثمن، إلى جانب التزامات أخرى يرتبها البيع في ذمة طرفيه، سنذكرها بالتفصيل لاحقاً .

ويتـرتب علـى كون البيع ملزماً للجانبين، أنه إذا امتنع أحد الطـرفين عن تنفيذ التزاماته، جاز للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التـزاماته المقابلة، أو أن يطلب فسخ العقد ليتحلل هو من التزاماته، وإذا وقـع التزام أحد الطرفين باطلاً لأي سبب بطل التزام الطرف

---

(١٥) ويكون المتعاقدين قد قصدا بالتراضي السابق على اتخاذ الشكل المطلوب، أن يكـون مجرد مشروع لكل منهما أن يعدل عنه (انظر : المرجع المشار إليه لدى د/ شكري سرور : هامش ١ – ص ١٨.

الآخـــر،وإذا انقـــضى التزام أحد الطرفين لأي سبب انقضى التزام الطرف الآخر (١٦).

رابعاً : عقد البيع من عقود المعاوضات :

البـــيع عقد معاوضة، ذلك لأن كل من المتعاقدين يأخذ مقابلاً لمـــا يلتزم به، فالبائع يأخذ الثمن مقابل التزامه بتسليم الشيء المبيع ونقل ملكيته إلى المشتري، والمشتري يدفع الثمن مقابل حصوله على ملكية الشيء المبيع .

خامساً : عقد البيع من العقود المحددة كقاعدة عامة :

العقد المحدد، هو ذلك العقد الذي يعرف كل من طرفيه وقت إبـــرامه مقـــدار مـــا سيعطي ومقدار ما سيأخذ منه، وعقد البيع من العقـــود محـــددة القيمة بحسب الأصل، لأن كل من المتعاقدين يعلم ســـلفاً – وقـــت إبـــرام العقد – قيمة الالتزام الذي يتعهد به بمقتضى العقد، وكذلك قيمة ما يكسبه من العقد .

ورغـــم ذلك قد يكون البيع احتمالياً في بعض الحالات، وذلك إذا تعذر معرفة مقدار التزام أحد الطرفين وقت إبرام العقد على وجه التحديد، ومثال ذلك أن يتفق الطرفان على أن يكون الثمن في صورة

---

(١٦) والأمـــر كـــذلك بالنـــسبة لـــبعض البيوع التجارية كعقد بيع السفينة، وعقد الشركة.

إيــراد مــرتب مــدى الحياة، حيث لا يعرف مقدار الثمن على وجه الــتحديد، وإنما يتوقف ذلك على مدى حياة البائع وهو أمر لا يمكن تحديــده وقــت العقــد، فإن طالت حياة البائع زاد الثمن الذي يدفعه المشتري، وإن قصرت حياة البائع نقص الثمن الذي يدفعه المشتري، غير أن مقداره بالتحديد لا يعرف وقت إبرام العقد في كل الأحوال، لأنه يرتبط بأمر أو حادث لا يعرف مسبقاً تاريخ تحققه(١٧).

وطالما أن عقد البيع من العقود محددة القيمة بحسب الأصل، فإنــه يتــصور فيه الغبن، أما في الحالات التي يعد البيع فيها عقداً احتمالــياً فــإن الــرأي الــراجح لا يتصور وقوع الغبن في العقود الاحتمالــية،وإن كــان الــبعض يرى عكس ذلك، وبه أخذت بعض التشريعات العربية(١٨).

سادساً : عقد البيع يتم مقابل ثمن نقدي :

يجــب أن يكون المقابل في البيع ثمناً نقدياً، فإذا لم يكن كذلك كان العقد مقايضة أو أي عقد آخر غير البيع .

---

(١٧) وهــي كلهــا نتائج تترتب نتيجة التقابل والترابط بين الالتزامات في العقود الملــزمة للجانبــين، راجــع مؤلفنا : مصادر الالتزام – الجزء الأول – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٤ – ص ١٠٨ وما بعدها .

(١٨) د/ حمدي محمد عطيفي : المرجع السابق – ص ٢٢ .

ويشترط في الثمن كذلك أن يكون حقيقياً وجدياً لا صورياً ولا تافهاً، فإذا ثبت أن الثمن صوري كان العقد هبة وليس بيعاً، والثمن التافه هو الذي لا يتناسب البتة مع قيمة المبيع بحيث يصل من القلة إلى حد لا يمكن معه القول بأن البائع كان جاداً في اشتراطه كمقابل للمبيع ، وهو يعد في حكم الثمن المعدوم وبالتالي لا يتحقق به البيع وإنما يكون العقد هبة . ويختلف الثمن التافه عن الثمن البخس وهو الثمن الذي لا يتناسب مع قيمة المبيع دون أن يصل إلى حد التفاهة، وهو لا ينفي عن العقد وصف البيع إذ يتحقق به وجود الثمن (١٩).

نكتفي بهذا القدر فيما يتعلق بخصائص عقد البيع .

المطلب الثاني

" التمييز بين البيع وبعض العقود المدنية الأخرى "

رغم أن البيع يتميز بخاصيتين تميزانه عن غيره من العقود المدنية الأخرى، ألا وهما: أنه عقد ناقل للملكية،وأنه يتم لقاء ثمناً

---

(١٩) راجع في ذلك : د/ توفيق فرج : نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري – الإسكندرية – ١٩٦٦ – ص ٢١٦ وما بعدها، د/ بدر جاسم اليعقوب : الغبن في القانون المدني الكويتي – دراسة مقارنة – الكويت – ١٩٨٧ – ص ٢١١ وما بعدها .

– وقد أخذ المشرع اللبناني بالرأي القائل بإمكان تصور الغبن في العقود الاحتمالية (مادة ٢١٤ من تقنين الموجبات والعقود) .

نقــدياً، إلا أن البيع قد يختلط ببعض العقود المدنية الأخرى،وهذا ما يقتضي التمييز بين البيع وهذه العقود، كما يلي :

أولاً : التمييز بين البيع والإيجار :

من المعلوم أن الإيجار ينقل إلى المستأجر منفعة شيء مقابل أجــر، فــي حــين ينقل البيع إلى المشتري ملكية الشيء المبيع إلى المــشتري مقابــل ثمــن معين، ومع ذلك قد تدق التفرقة بين البيع والإيجار في صورتين هما:

(أ) العقد الوارد على منتجات الشيء أو ثماره :

هــناك تفرقة بين المنتجات والثمار، فالأولى هي ما ينتج من الــشيء بــصفة غير دورية وينتقص من أصله، ومثال ذلك المعادن التي تستخرج من المناجم، أما الثمار فهي ما ينتج من الشيء بصفة دوريــة ولا ينتقص من أصله، ومثالها حاصلات الأرض الزراعية، وثمار الفاكهة .

وتــدق التفرقة بين البيع والإيجار إذا وقع العقد على ثمرات الشيء أو منتجاته لا على الشيء ذاته، كما إذا تعاقد شخص مع آخر علــى أرض يــسلمها الأول إلــى الثاني، ليستولى هذا الأخير على محــصولاتها لقاء أجر معين، فهل يعتبر هذا العقد إيجاراً للأرض أم بيعاً للحاصلات ؟

قد يقال أن العقد يكون إيجاراً إذا ورد على ثمار الشيء، لأن هذه الثمار تتجدد دن أن تؤثر على بقاء الشيء ذاته، أما إذا ورد العقد على المنتجات فأنه يكون بيعاً على اعتبار أن الأخيرة تقتطع من الأصل.

ورغم هذا، يصعب تطبيق هذا المعيار في كافة الأحوال، لاسيما إذا باع صاحب الأرض الثمار وهي ما زالت معلقة على أغصانها، كما في بيع ثمار الفاكهة قبل نضجها، وكما في تأجير صاحب المحجر محجره ليستغله آخر في مقابل أجرة دورية، فالعقد في الحالة الأولى يعد بيعاً رغم وروده على منفعة الشيء، وفي الحالة الثانية يتعلق الأمر بعقد إيجار رغم وروده على أصل الشيء.

والحقيقة أن تكييف العقد في مثل هذه الحالات يتوقف على الأحكام التفصيلية التي اتفق عليها المتعاقدان، والعبرة في ذلك بالقصد المشترك لهما، فإذا قصدا نقل ملكية حق ثابت من قبل في ذمة المتصرف، كان بيعاً، وإن اقتصر الأمر على قصد إنشاء التزام في ذمة المتصرف بتمكين المتصرف إليه من أخذ الثمار فهو إيجاراً.

وتتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية مطلقة في تحديد هذه المسألة، في ضوء القرائن وظروف الحال، ومن ذلك الاتفاق على

دفع المقابل على أقساط دورية منتظمة، إذ يكون العقد إيجاراً في هذه الحالة، لأن الغالب أن يدفع ثمن البيع دفعة واحدة، أيضاً فإن الاتفاق علــى دفع المقابل بحسب المدة التي تؤخذ فيها الثمار يرجح اعتبار العقد إيجاراً، أما الاتفاق على دفع المقابل بحسب كمية الثمار فيرجح اعتــبار العقد بيعاً. ومن العناصر الخارجية المرجحة لاعتبار العقد إيجاراً، تعهد مكتسب الثمار بما يلزم لنضجها.

(ب) البيع الإيجاري (الإيجار الساتر للبيع)

قــد يخــتلط الإيجــار بالبيع أيضاً في الحالة التي يتفق فيها المتعاقدان على تأجير الشيء للمستأجر مقابل أجرة تدفع في مواعيد معيــنة ولمدة معينة، ثم ينقلب العقد بيعاً بعد سداد هذه الأجرة والتي هــي في حقيقتها تعد ثمناً للبيع، وكل جزء من الأجرة يعد قسطاً من الثمن، ويسمى هذا البيع أيضاً " البيع بالتقسيط " .

وقــد شاع استخدام هذا النوع من البيوع في الوقت الحاضر، لاســيما في أوساط الشركات التي ترغب في ترويج بضائعها فتتعاقد مــع المــشتري علــى أساس الإيجار الذي يتحول إلى بيع بعد سداد دفعات أو أقساط الثمن .ومثال ذلك لجوء الشركات المنتجة لسيارات الــركوب أو وكلائهــا إلــى تأجير هذه السيارات إلى المشترين، ثم تــصبح الــسيارة ملكــاً للمشتري بعد سداد الأجرة، والتي هي ثمن الــسيارة، ويهدف البائع من ذلك إلى التمتع بالحماية المقررة للمؤجر

في حالة تصرف المستأجر في الشيء قبل سداد الأقساط حيث يعاقب المستأجر بعقوبة خيانة الأمانة، كما يمكن للبائع (الذي سمي مؤجراً) استرداد الشيء من تفليسة المستأجر .

وقـــد اختلف الفقه والقضاء قبل صدور التقنين المدني الحالي حـــول تكيـــيف هذا العقد، وهل هو إيجار ينقلب في النهاية إلى بيع بمجرد الوفاء بكل الأقساط التي تسمى مع ذلك أجرة، أم أنه بيع منذ الـــبداية والأقساط أجزاء من الثمن رغم تسميتها أجرة،ويؤجل انتقال الملكية إلى المشتري حتى الوفاء بكل الأقساط ؟ .

ذهـــب رأي إلى أن العقد يعد إيجاراً معلقاً على شرط فاسخ، وبـــيعاً معلقـــاً على شرط واقف،والشرط بالنسبة للعقدين هو الوفاء بكامل الأقساط، فإذا تحقق الشرط فسخ الإيجار وأنتج البيع أثره.

فـــي حـــين ذهب رأي ثالث إلى أن العقد يعد بيعاً منذ البداية احـــتفظ فـــيه البائع بملكية المبيع حتى الوفاء بالثمن كاملاً من جانب المـــشتري، وهذا البيع مستور في صورة عقد إيجار بهدف التحايل علـــى أحكـــام القانون، وبالتالي لا توقع على المشتري عقوبة خيانة الأمانة إذا تصـــرف فـــي الشيء قبل الوفـــاء بكافـــة الأقساط، كما لا يـــستطيع الـــبائع اســـترداد الشيء من تفليسة المشتري في حالة إفلاسه.

ولما صدر القانون المدني الحالي، عالج المشرع المصري هذه المسألة وحسمها بنص صريح، حيث نصت المادة/ ٤٣٠ على ما يلي :

١- إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

٢- فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط . ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

٣- وإذا وفيت الأقساط جميعها فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع .

٤- وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً " .

وواضح من هذا النص أن المشرع المصري يعتبر العقد بيعاً ولو سماه المتعاقدان إيجاراً، وهو بيع بالتقسيط علق فيه انتقال الملكية على شرط واقف هو دفع جميع الأقساط المتفق عليها، فإذا ما سددت جميع الأقساط انتقلت الملكية إلى المشتري من وقت البيع.

ولـــم يعـــد هناك تخوف من أن يتصرف المشتري في الشيء المبـــيع قبل سداد كافة الأقساط، حيث أن المشرع المصري قد وفر الحماية للبائع في البيع بالتقسيط، إذ بموجب المادة / ٤٢ من القانون رقـــم ١٠٠ لـــسنة ١٩٥٧ بـــشأن بعض البيوع التجارية، لا يجوز للمـــشتري بدون إذن سابق من البائع التصرف في السلعة موضوع التقـــسيط بـــأي نوع من أنواع التصرفات قبل الوفاء بكامل ثمنها . وقـــررت المـــادة / ٤٥ مـــن ذات القانون عقوبة جنائية تطبق على المـــشتري الـــذي يقوم بالتصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بكامل الـــثمن، ويـــشترط لقيام جريمة التصرف في الشيء المبيع قبل سداد كافة الأقساط أن تكون جرفة البائع هي البيع بالتقسيط .

ورغـــم ذلك فإن ثمة مخاطر أخرى قد تلحق بالبائع في حالة إفـــلاس المشتري أو إعساره قبل الوفاء بكامل الثمن،حيث لا يكون بوسع البائع استرداد الشيء المبيع من تفليسة المشتري ، وإنما يدخل مع سائر الدائنين الآخرين للمشتري في اقتسام أموال التفليسة.

وهـــذه الخطورة المذكورة تستدعي تدخلاً تشريعياً يكفل للبائع اســـتيفاء حقـــه كاملاً،ومـــنحه أولوية في هذا الصدد، ولعل ما قرره المـــشرع مـــن امتياز بائع المنقول وامتياز بائع العقار ما يخفف من تلـــك الخطـــورة ويكفـــل الحمايـــة للبائع في البيع بالتقسيط أو البيع الإيجاري .

ثانياً : التمييز بين البيع والهبة :

الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض[٢٠]، وللهبة مقومات أربعة هي : أنها تصرف بين الأحياء، بموجبه يتصرف الواهب في ماله، دون عوض، وبنية التبرع[٢١]. ولا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه[٢٢]، فالقبول ركن أساسي في الهبة لا تتم إلا به، وهذا ما يؤكد الصفة العقدية للهبة[٢٣].

ويتميز البيع عن الهبة، حيث أن البيع يكون نظير ثمناً نقدياً يدفعه المشتري للبائع مقابل الحصول على ملكية الشيء المبيع، غير أن التفرقة بين البيع والهبة قد لا تكون واضحة في الحالة التي تكون

---

(٢٠) د/ خميس خضر، ص ١٦، ١٧ .

(٢١) مادة ٤٨٦ مدني مصري .

- وينتقد بعض الفقهاء تعريف الهبة الوارد بالمادة/ ٤٨٦ ويرون أنه قد خلا من وجوب أن يكون العقد غير مضاف إلى موت الواهب وهو ما يميز الهبة عن الوصية، وأيضاً فإن التعريف المذكور لم يخصص التصرف بنتيجته وهي اغتناء المتصرف إليه، أي انتقال حق إلى ذمته، وبذلك شمل الكفالة العينية وهي رهن مال لدين على آخر، راجع : د/ محمود جمال الدين زكي – العقود المسماة – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٧٣ – ص ٦٣ ، ص ٦٤ . وفي الرد على هذين الانتقادين راجع : د/ عبد الرازق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني – جـ ٥ – العقود التي تقع على الملكية – الطبعة الثانية – تنقيح المستشار / مصطفى محمد الفقي – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٧ – ص ١١، ص ١٢ .

(٢٢) حول هذه المقومات بالتفصيل راجع د/ السنهوري : المرجع المذكور أعلاه – ص ١٠ : ص ٢٦ .

(٢٣) مادة ١/٤٨٧ مدني .

فيها الهبة بعوض هو مبلغ من النقود، وقد يكون هذا المبلغ كبيراً بحيث يقترب من قيمة الشيء الموهوب، فهل يعقد العقد في هذه الحالة هبة بعوض، أم هو بيع سمي الثمن فيه عوضاً ؟

يذهب الفقه إلى أن العبرة بوجود أو عدم وجود نية التبرع، فإذا توافرت لدى من أعطى الشيء كان العقد هبة مهما بلغ مقدار العوض، وإلا فالعقد بيع[٢٤]، ووجود نية التبرع مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع وحده دون رقابة عليه من محكمة النقض[٢٥] . ومما يرجح وجود هذه النية أن يكون العرض في مصلحة شخص ثالث غير الواهب، بل قد يكون الموهوب له الحقيقي هو هذا الشخص الثالث، وقد وسط الواهب المتعاقد الآخر بينهما[٢٦] .

ونرى إضافة لما تقدم، ضرورة أن تكون قيمة العوض النقدية أقل من قيمة المال الموهوب، حتى يظل العقد هبة وليس بيعاً، ذلك لأن الهبة لا تتحقق إلا إذا كانت سبباً في إثراء الموهوب له، ومن ثم إذا كانت قيمة العوض المشترط تعادل قيمة المال الموهوب كان العقد بيعاً (معاوضة) وليس هبة[٢٧].

---

(٢٤) حول هذه المسألة بالتفصيل راجع مؤلفنا : أحكام الرجوع القضائي في الهبة – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٠/٢٠٠١ – ص ٢ : ص ٦ .

(٢٥) انظر : د/ السنهوري : الوسيط – جـ٤ – ط ٢٠٠٤ – السابق – ص ٢٣.

(٢٦) نفس المرجع – ص ٢٣ : ص ٢٥ .

(٢٧) مشار إليه لدى د/ السنهوري : نفس المرجع – هامش ٢ – ص ٢٥ .

وقد يتخذ البيع ستاراً للهبة، فيذكر فيه عوض على أنه الثمن، ثـم يهب البائع الثمن للمشتري، فمثل هذا العقد يكون هبة مكشوفة، وتسري علـيه أحكام الهبة من حيث الشكل والموضوع، فإذا أتقن الـواهب ستر الهبة ولم يذكر أنه وهب الثمن للمشتري، بل ذكر أنه قبـضه، فالعقـد هـبة مستورة، تسري عليه أحكام الهبة من حيث الموضـوع فقـط، فـلا تسري عليه أحكام الهبة من حيث الشكل، وبالتالي لا يشترط فيه الرسمية(٢٨) .

ثالثاً : التمييز بين البيع والمقايضة :

المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر، على سبيل التبادل، ملكية مال ليس من النقود(٢٩) .

ومـن ثم يتميز البيع عن المقايضة من حيث طبيعة المقابل، والذي هو في البيع مبلغاً من النقود، أما في المقايضة فهو مال ليس مـن النقود . ورغم ذلك قد يحدث خلط بين البيع والمقايضة، لاسيما فـي الحالـة التي يكون فيها المقابل مزدوجاً بحيث يشمل مبلغاً من

---

(٢٨) راجـع مؤلفـنا : أحكـام الرجوع القضائي في الهبة – السابق – ص ١٢، ص ١٣ .
– وإذا تبين أن الشيء الموهوب أقل في القيمة من العوض المشترط، فلا يكون الموهوب له ملزماً بأن يؤدي من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب (مادة/ ٤٩٨ مدني مصري) .

(٢٩) د/السنهوري : جـ٤ – ط ٢٠٠٤ – هامش ٢ – ص ٢٣ .
– وتسري على الهبة المستورة الأحكام الخاصة بالصورية .

النقود ومالاً غير نقدي، أو الحالة التي يترك فيها أمر تحديد طبيعة المقابل لأحد المتعاقدين، أو إذا كان المقابل من طبيعة غير نقدية ولكن يمكن تحويله بسهولة إلى مبلغ من النقود، فهل يعد العقد في مثل هذه الحالات بيعاً أم مقايضة ؟

(أ) إذا كان المقابل يتكون من عنصرين أحدهما نقدي والآخر غير نقدي، كما لو أعطى شخص منزلاً يملكه لشخص آخر مقابل سيارة يملكها هذا الأخير مضافاً إليها عشرة آلاف جنيه .

العبرة في هذه الحالة بالعنصر الغالب، فإذا كان هو النقود كان العقد بيعاً، وإن كان العنصر الغالب هو المقابل غير النقدي (السيارة في المثال المذكور) كان العقد مقايضة، أما إذا تعادل العنصران كنا بصدد عقد مركب (أو مزدوج) يشتمل على بيع ومقايضة في آن واحد[٣٠] .

(ب) أما إذا ترك الخيار لأحد المتعاقدين ليختار مقابلاً نقدياً أو غير نقدي حسبما يتراءى له، كأن يبيع شخص منزلاً يملكه مقابل قطعة أرض أو مبلغ من النقود حسب اختياره .

في هذا الفرض تكون العبرة بنوع المقابل الذي يختاره صاحب المنزل، فإن اختار المقابل النقدي كان العقد بيعاً، وإن اختار

---

(٣٠) مادة /٢ ٤٨٢ مدني مصري .

المقابـــل العينـــي (قطعـــة الأرض في المثال المذكور) كان العقد مقايضة[٣١] .

(ج) وإذا كـــان المقابـــل مـــن طبيعة غير نقدية ولكن يمكن تحويله بسهولة إلى نقود، كسبيكة ذهبية، أو أوراق مالية يمكن معرفة قيمتها النقدية بالرجوع إلى سعر السوق .

فالرأي الراجح يعتبر العقد مقايضة وليس بيعاً، استناداً إلى أن المقابل لم يكن نقدياً وقت إبرام العقد[٣٢] .

رابعاً : التمييز بين البيع والوكالة :

عـــرفت المـــادة / ٦٩٩ من القانون المدني الوكالة بقولها : " الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونـــي لحساب الموكل ". ففي عقد الوكالة يتعهد أحد الطرفين وهو الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني (تصرف قانوني) لحساب الطرف الآخر وهو الموكل . فالـــوكالة إذاً ترد على عمل قانوني يقوم به الوكيل، بينما يرد البيع على ملكية شيء أو حق مالي آخر.

ورغـــم وضـــوح التفـــرقة بين البيع والوكالة، إلا أن التمييز بينهما قد يدق في بعض الحالات، ومَن أمثلة ذلك قيام صاحب مصنع

---

(٣١) د/ حمدي عطيفي : المرجع السابق – ص ٢٩ .

(٣٢) نفس الإشارة .

أو تاجـر جملة بتسليم أشياء مما ينتجه أو مما يتاجر فيه إلى شخص آخر ليتصرف في هذه الأشياء تصرفاً قانونياً إلى الغير دون أن يبين بجـلاء فـي العقـد المبرم بينهما ما إذا كانت ملكية هذه الأشياء قد انـتقلت إلـى هـذا الشخص ويستطيع من ثم أن يبيعها لحسابه إلى آخـرين، أم أن الملكية ما زالت للصانع أو للتاجر وأن هذا الشخص لـيس إلا وسـيطاً بـين المالك لهذه السلع والغير الذي ستنتقل إليه ملكيتها ؟

لـتحديد مـا إذا كان العقد بيعاً أم وكالة في هذه الحالة، يجب علـى القاضـي النظـر بعـناية إلى بنود العقد للتوصل إلى قصد المـتعاقدين ونيـتهما المـشتركة، مستهدياً في ذلك بظروف التعاقد وملابـساته، فقد يجد القاضي في بنود العقد أو في ظروف إبرامه ما يرجح اعتبار العقد بيعاً أو وكالة، وذلك على النحو الآتي[٣٣] .

١- إذا تـضمن العقد بنداً ينص صراحة أو ضمناً على أن من تسلم البضاعة يبيعها لحساب صاحبها كان العقد وكالة، حتى لو تحدد ثمن البضاعة تحديداً دقيقاً في العقد، إذ أن هذا التحديد قد قصد به تحديد نسبة العمولة التي يستحقها الوكيل .

٢- وإذا تبـين من العقد أن الثمن محدداً تحديداً تاماً دون النظر إلى الثمن الذي سيبيع به الطرف الثاني البضاعة إلى الغير، كان العقد بيعاً حتى لو تضمن شرطاً يقضي برد البضاعة التي لم يتم بيعها.

---

(٣٣) د/ حمدي عطيفي : ص ٣٠ .

٣- أمـــا إذا لـــم يحدد ثمن البضاعة في العقد، بل ترك هذا التحديد للمستلم وفقاً لاتفاقه مع الغير الذي سيشتري البضاعة، فهذا يرجح اعتبار العقد وكالة وليس بيعاً .

٤- وإذا تضمن العقد إمكان قيام متسلم البضاعة ببيعها بأقل من سعر الـــسوق، على أن يتحمل المورد لها الفرق بين الثمن الذي بيعت به البضاعة وثمن المثل في السوق، فإن العقد يكون وكالة وليس بيعاً .

وإذا لم يجد القاضي في بنود العقد ما يرجح اعتبار العقد وكالة أو بيعاً، فإنه يستهدي بالظروف الملابسة للتعاقد،والتعامل السابق بينهما(٣٤) .

وتظهـــر أهمـــية تكييف العقد بأنه بيع أو وكالة، في أن عقد الـــوكالة مـــن عقود الأمانة، ومن ثم توقع على الوكيل عقوبة خيانة الأمانـــة إذا بدد الشيء الذي تسلمه من الموكل، أما البيع فلا يعد من عقود الأمانة(٣٥) .

خامساً : التمييز بين البيع والمقاولة :

المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو

---

(٣٤) د/ حمـــدي عطيفـــي : ص ٣٢ ، ص ٣٣، د/ جابر محجوب علي : العقود المـــسماة – البـــيع والإيجار – مكتبة النصر – القاهرة – ١٩٩٠ – ص ٢٦، ص ٢٧ .

(٣٥) د/ خميس خضر : ص ٣١ .

أن يـــؤدي عمـــلاً لقـــاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر [٣٦] . فالمقاولة تتميـــز عن البيع في أنها ترد على صنع شيء أو أداء عمل في حين أن البيع يرد على الملكية أو حق مالي آخر .

ومـــع ذلك تدق التفرقة بين البيع والمقاولة في بعض الحالات مـــنها الحالـــة التي يتعهد فيها المقاول بتقديم المواد الخام والعمل في ذات الوقت، فهل يعتبر العقد مقاولة أم بيعاً لأشياء مستقبلة ؟

يـــتجه الرأي الراجح في الفقه والقضاء إلى اعتبار هذا العقد بـــيعاً، وهـــو بـــيع لأشياء مستقبلة إلا إذا كانت قيمة الخامات ثانوية بالنسبة إلى قيمة العمل فيكون العقد مقاولة [٣٧] .

وبـــناءً علـــيه، فـــإن العقد الذي يتعهد به صانع أثاث بتقديم أخـــشاب أو أقمـــشة وصنعها أثاثاً يعتبر بيعاً، والعقد الذي يتعهد به رســـام بعمـــل صـــورة يعتبـــر مقاولة ولو كانت الخامات من عنده كالقماش أو الورق الذي يرسم عليه والألوان التي يرسم بها، ويعتبر بـــيعاً العقـــد الـــذي يتعهد فيه خياط (ترزي) أن يصنع ثوباً لأحد عملائـــه بقمـــاش من عنده، أما لو قدم العميل القماش فالعقد مقاولة، رغـــم أن الخياط قد قدم بعض الأدوات كالخيوط والأزرار لأن قيمة هذه الأدوات ثانوية بالنسبة لقيمة العمل [٣٨] .

---

(٣٦) مادة / ٦٤٦ مدني مصري .
(٣٧) د/ السنهوري : ص ٢٨ ، ص ٢٩، د/ خميس خضر : ص ٢٩ .
(٣٨) نفس الإشارة .

وإذا تعهد المقاول بإقامة مبنى، فإنه إذا كانت الأرض التي يقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل – كما هو الغالب – فالعقد مقاولة، وإن كانت الأرض ملكاً للمقاول فالعقد بيع للأرض في حالتها المستقبلة أي بعد أن يقام عليها البناء[٣٩] .

سادساً : التمييز بين البيع والوديعة :

عرفت المادة/ ٧١٨ من القانون المدني الوديعة بأنها عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عيناً.

ورغم وضوح التفرقة بين البيع والوديعة، إلا أن التمييز بينهما قد يدق في بعض الحالات، ومن ذلك أن يودع شخص شيئاً مملوكاً له عند آخر ليبيعه بمبلغ معين، على أن يأخذ المودع عنده مقداراً معلوماً أجراً له، ومثال ذلك أن يودع المؤلف نسخاً من كتابه في مكتبة (دار نشر) ليبيعها صاحب المكتبة، أو أن يودع تاجر الجملة مجوهرات عند تاجر التجزئة ليبيعها . ففي مثل تلك الأحوال تكون النسخ أو المجوهرات مودعة عند صاحب المكتبة أو عند تاجر التجزئة، وهذا الأخير إما أن يبيعها لحساب صاحبها فيكون وكيلاً بالبيع بعد أن كان مودعاً عنده، وهو وكيل بالأجر إذ يتقاضى أجراً – أو عمولة – معيناً على ما يقوم ببيعه، وإما أن يعتبر، عندما يجد

---

(٣٩) نفس الإشارة .

مشترياً، أنه هو اشتراها أولاً من صاحبها بثمن معين، ثم باعها للعميل بثمن أكبر، والفرق هو مكسبه . والقول بتكييف أو بآخر يتوقف على نية المتعاقدين، وتلك النية يستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الواقع(٤٠) .

سابعاً : التمييز بين البيع والوصية :

الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت(٤١)، ويتضح من ذلك أنه إذا كانت الوصية تشبه البيع في أنها هي الأخرى تصرف ناقل للحق، إلا أنها تختلف عنه من عدة زوايا هي:

١- أنها تصرف من جانب واحد وليست عقداً، ٢- أن نقل الحق فيها يتراخى إلى ما بعد وفاة الموصي، ٣- أن الحق محل الوصية ينتقل إلى الموصي له دون مقابل أي تبرعاً، ٤- أنها لا تلزم الموصي بشيء حال حياته حيث يحق له الرجوع فيها ولا تنتج أثرها إلا بعد وفاته مصراً عليها(٤٢).

ورغم هذه الفوارق الواضحة بين البيع والوصية، إلا أنه قد تصعب التفرقة بينهما في بعض الأحيان، لاسيما حينما يعمد الشخص

---

(٤٠) د/ السنهوري ، ص ٢٩ والأحكام المذكورة بهامش ٤، ص ٢٩ .

(٤١) وهو التعريف الوارد بالمادة الأولى من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

(٤٢) د/ محمد شكري سرور : المرجع السابق، ص ٦٧ .

الذي يرغب في الإيصاء – في الحقيقة – إلى ستر الوصية تحت مظهر عقد بيع بهدف التحايل على أحكام القانون الآمرة الخاصة بالقدر الذي يجوز الإيصاء به وهو ثلث التركة، حيث لا تنفذ الوصية إلا في حدود هذا القدر إلا إذا أجازها الورثة ، فضلاً عن أن الموصي قد يرغب في الانتفاع بالمال وتعطيل أحكام البيع الصوري حتى وفاته[٤٣].

ومن المسلم به أن القاضي لا يتقيد بالتسمية التي يطلقها الأفراد على اتفاقهم عند الطعن في هذا التصرف أمام القضاء، ومن ثم يجب على المحكمة أن تسبغ على التصرف الوصف الصحيح مستهدية في ذلك بالإرادة الحقيقية المشتركة لأطراف التصرف، وظروف الحال، ويخضع تكييفها هذا لرقابة محكمة النقض [٤٤].

وتطبيقاً لذلك، إذا تبين لمحكمة الموضوع أن التصرف وصية وليس بيعاً، فإنها تقضي بذلك دون التقيد بالوصف الذي ذكره أطراف التصرف، وتطبق عليه أحكام الوصية دون أحكام البيع .

ولما كان ستر الوصية في صورة بيع يتم للتحايل على القانون، فإن لمدعي الصورية إقامة الدليل عليها بكافة الطرق بما في

---

(٤٣) نفس الإشارة.

(٤٤) نقض مدني : ١٩٥٩/١١/١٢ والأحكام الأخرى المذكورة بهامش ٢ – ص ٦٧ في مؤلف أستاذنا الدكتور محمد شكري سرور .

ذلك البينة (شهادة الشهود) والقرائن[٤٥].

وقـد كان القضاء المصري يتخذ من فقر المشتري[٤٦]، وعدم حاجـة البائع إلى نقود[٤٧]، قرينة على صورية الثمن، وكذلك من واقعـة اشـتراط منـع المشتري من التصرف في المال طوال حياة البائع[٤٨] . ومـن اشـتراط احـتفاظ البائع بحق الانتفاع بالمال المتصرف فيه وحيازته طيلة حياته، إلى غير ذلك من الظروف[٤٩] .

ونظـراً لكثرة حدوث واقعة ستر الوصية في صورة عقد بيع في الواقع العملي في مصر، فقد عالج المشرع المصري هذه المسألة وأورد حكمـاً خاصـاً لهـا وذلـك فـي المادة/ ٩١٧ من القانون المدني،والتـي تنص على ما يلي : " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها، وبحقه في

---

(٤٥) د/ محمد شكري سرور : ص ٦٨ .

(٤٦) نقض مدني : ١٩٥٩/١١/١٢ – سالف الذكر .

(٤٧) نقـض مدنـي : ١٩٥٤/١٠/٢٨ – مـشار إليه لدى : د/ شكري سرور : هامش ٢ – ص ٦٨ .

(٤٨) انظر الأحكام المشار إليها بهامش ٤ – ص ٦٨ لدى د/ شكري سرور .

(٤٩) ومـن ذلـك اسـتخلاص قـصد الإيصاء من عدم إلزام المتصرف إليه بدفع الأموال الأميرية المقررة على الأطيان محل العقد، انظر : نقض مدني : ١٠/ ١٩٥٢/٤ – مذكور لدى المستشار / سعيد شعلة : قضاء النقض المدني في عقد البيع –رقم ٣١ – ص ٦٠ .

الانــتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، ما لم يقم دليل يخالف ذلك " .

وهكذا، فقد أقام المشرع المصري قرينة قانونية لمصلحة من يدعي أن التصرف وصية، تعفيه من عبء إثبات قصد الإيصاء .

ويــشترط للاستفادة من هذه القرينة أن يكون التصرف لأحد الــورثة (والعبــرة فــي توافر هذه الصفة للمتصرف إليه أو عدم توافــرها هــي بــوقت وفــاة المتصرف)، كما يشترط أن يحتفظ المتــصرف - بأية طريقة كانت - بحيازة العين التي تصرف فيها، وأن يحــتفظ بحقــه فــي الانــتفاع بها مدى حياته، على نحو يجبر المتصرف إليه على احترام حق الانتفاع، وبالتالي فإن مجرد الانتفاع الفعلي بالعين لا يكفي، إذا لم يكن يستند إلى مركز قانوني يخول حقاً في هذا الانتفاع(٥٠) .

غير أن القرينة المذكورة من القرائن البسيطة، وبالتالي أجاز المــشرع لمــن يدعي أن التصرف بيع، أن ينفي هذه القرينة بإثبات واقعة دفع الثمن وقصد انتقال الملكية حال حياة المتصرف(٥١).

---

(٥٠) انظر : نقض مدني : ١٩٦٣/١/٢٥ - مجموعة أحكام النقض - س ١٤ - رقم ٨٤ - ص ٥٧٩ .

(٥١) د/ شكري سرور : ص ٧٠ .

المبحث الثاني
" أركان عقد البيع "

عقد البيع – مثل سائر العقود الأخرى – له ثلاثة أركان هي : التراضي (ويدخل فيه الأهلية) والمحل والسبب .

ولا جديد يقال في السبب عما قيل بشأنه في النظرية العامة للعقد، ولذا نحيل إلى هذه النظرية[٥٢] .

يتبقى بعد ذلك ركنان هما: التراضي والمحل، نتحدث عنهما من خلال المطلبين التاليين : –

المطلب الأول : التراضي في عقد البيع .

المطلب الثاني : المحل في عقد البيع .

المطلب الأول
" التراضي في عقد البيع "

عقد البيع – كما تقدم – من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول، دون حاجة لأي إجراء شكلي آخر، وما التسجيل في البيع العقاري سوى إجراء لازم لكي يرتب البيع آثاره لاسيما نقل الملكية إلى المشتري .

---

(٥٢) راجع : د/ مصطفى عبد الجواد : مصادر الالتزام – المرجع السابق – ص ٣٥٩. وما بعدها .

وفضلاً عن وجود التراضي بالبيع، سواء من جانب البائع أو من جانب المشتري، يشترط أن يكون هذا التراضي صحيحاً،وهذا يستلزم بدوره أن يكون الرضاء صادراً من شخص ذي أهلية ومعبراً عن إرادة سليمة مبرأة من العيوب .

ونتحدث عن هاتين المسألتين، ثم نعقب ذلك بدراسة بعض صور التراضي في عقد البيع، وذلك كله من خلال ثلاثة فروع على النحو التالي :

<u>الفرع الأول</u> : وجود التراضي في عقد البيع .

<u>الفرع الثاني</u> : صحة التراضي في عقد البيع .

<u>الفرع الثالث</u> : صور خاصة للتراضي على البيع .

<u>الفرع الأول</u>

<u>" وجود التراضي في عقد البيع "</u>

يجب بداءة أن يتم التعبير عن إرادة البيع والشراء، وأن تتطابق الإرادتان، ولا يشترط في التراضي على البيع شكل خاص .

والتعبير عن إرادة البيع أو إرادة الشراء، يخضع للقواعد العامة في التعبير عن إرادة التعاقد، فيجوز بالتالي أن يتم شفاهة أو كتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، أو عن طريق اتخاذ موقف لا تدع الظروف شكاً في دلالته على إرادتي البيع والشراء، كما قد يتم التعاقد على البيع عن طريق الوسائل التكنولوجية الحديثة، كالفاكس

أقـــل، لـــم ينعقد البيع لعدم وجود التراضي، ويعتبر قبول المشتري بمثابة إيجاب جديد موجه إلى البائع لا ينعقد به البيع إلا إذا اقترن به قبول مطابق من البائع .

<u>ولكـــن مـــا الحكم إذا عرض البائع أن يبيع بثمن معين، فقبل المشتري الشراء بثمن أعلى ؟</u>

نرى مع البعض(٥٤)، أنه تجب التفرقة بين فرضين:

<u>**الفـــرض الأول**</u> : إذا كان المشتري قد وقع في غلط بشأن الثمن، بأن أعتقد أن الثمن الذي يعرضه مطابق لما طلبه البائع، فهنا ينعقد البيع بالثمن الأقل الذي عرضه البائع .

<u>**الفرض الثاني :**</u> إذا كان المشتري يعلم بالثمن الذي طلبه البائع علماً حقيقـــياً ولكـــنه قـــدر أن المبيع يساوي أكثر من هذا الثمن، فعرض الـــشراء بثمن أكبر، ففي هذه الحالة يعد عرض المشتري تعديلاً في الإيجـــاب، ويتضمن إيجاباً جديداً، فإذا سكت البائع عن معارضة هذا الإيجاب كان صمته هذا بمثابة قبول ينعقد به العقد، لأن الإيجاب قد تمحـــض لمنفعـــته في هذه الحالة، ومن ثم ينعقد البيع بالثمن الأكبر الذي عرضه المشتري(٥٥).

---

(٥٤) د/ جابر محجوب علي : المرجع السابق – ص ٥٨ وما بعدها .
(٥٥) د/ عبد المنعم البدراوي :الوجيز في عقد البيع – ١٩٧٠ – ص ٦٤ .

والتلكس، والتليفزيون، وأحدث وسيلة في التعبير عن إرادتي البيع والشراء الآن هي شبكة المعلومات العالمية والمسماة بالإنترنت(٥٣).

وندرس الآن، مسألتين هما: تطابق الإيجاب والقبول في عقد البيع، ثم عدم اشتراط شكل خاص لانعقاد البيع كقاعدة عامة .

أولاً : تطابق الإيجاب والقبول :

لا يكفي أن يتم التعبير عن إرادة البيع من جانب البائع، وإرادة الشراء من جانب المشتري،وإنما يلزم أن يأتي القبول مطابقاً للإيجاب دون زيادة أو نقصان، حتى ينعقد البيع .

فيجب أولاً أن تتطابق الإرادتان على طبيعة العقد المراد إبرامه، فإذا قصد أحدهما بيعاً وقصد الآخر رهناً أو إيجاراً فإن العقد لا ينعقد تحت أي مسمى من هذه المسميات، وذلك لتخلف التراضي . كما يجب ثانياً أن تتطابق الإرادتان على الشيء المبيع، فلو كان للبائع داران وقصد بيع إحداهما بينما قصد المشتري شراء الأخرى لم ينعقد العقد على أي من الدارين لعدم وجود التراضي .

ويلزم أخيراً أن تتطابق الإرادتان على ثمن المبيع، فإذا عرض البائع منزلاً يملكه بمبلغ معين ، وقبل المشتري الشراء بثمن

---

(٥٣) راجع حول التعبير عن الإرادة بواسطة الإنترنت : د/ رامي محمد علوان : التعبير عن الإرادة بواسطة الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني – مجلة الحقوق – جامعة الكويت – س ٢٦ – ع ٤ – ص ٢٢٩ وما بعدها .

حكم عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية :

إذا اتفق المتعاقدان على طبيعة العقد وهو البيع، وعلى الشيء المبيع، والثمن، فهذا يكفي لانعقاد البيع،حيث تطابقت الإرادتان بشأن المسائل أو العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام عقد البيع .

وبالتالي فإن عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية كلها أو بعضها، لا يمنع من انعقاد البيع، كعدم الاتفاق على ميعاد أو طريقة دفع الثمن، أو على من يتحمل مصروفات البيع، أو عدم الاتفاق على ميعاد ومكان تسليم الشيء المبيع، إذ أن هذه وغيرها مسائل تفصيلية لا يشترط الاتفاق عليها لانعقاد البيع، حيث يفترض في هذه الحالة أن المتعاقدين قد تركا هذا المسائل لأحكام القانون أي للقواعد المكملة التي تنظمها وتطبق بمجرد عدم اتفاق الأفراد على ما يخالف حكمها.

غير أنه إذا ثار نقاش بين المتعاقدين بشأن مسألة من المسائل التفصيلية كزمان وطريقة الوفاء بالثمن، دون أن يتوصلا إلى اتفاق بشأنها، فإن العقد لا ينعقد في هذه الحالة إلا إذا تم الاتفاق على العناصر التفصيلية – إلى جانب العناصر الجوهرية لعقد البيع – التي كانت محلاً للنقاش ولم يتم التوصل إلى اتفاق بشأنها، ذلك لأن التناقش بشأن العنصر التفصيلي يبرز أهمية هذا العنصر في نظر الطرفين وينزله منزلة العناصر الجوهرية(٥٦).

---

(٥٦) د/ جابر محجوب : ص ٦٠ .

ولكـــن ما الحكم إذا اتفق المتعاقدان على العناصر الجوهرية للبـــيع، واستبقيا مسألة معينة لم يتناقشا بصددها، لتكون محلاً لاتفاق لاحق بينهما ؟

لاشـــك أنـــنا نستبعد بداءة إخضاع هذه المسألة لحكم القواعد القانونـــية المكملة، ذلك لأن إخضاع هذه المسألة لاتفاق لاحق، يعني اتجاه إرادة الطرفين إلى استبعاد تطبيق حكم القواعد المكملة في هذا الصدد .

ومقتـــضى القـــواعد العامة، أن عدم التوصل إلى اتفاق بشأن المـــسائل التفـــصيلية التـــي أرجـــأ الأطراف الاتفاق عليها، يؤدي بالضرورة إلى عدم انعقاد عقد البيع[٥٧].

ورغـــم ذلك، فإن المشرع المصري قد استحدث حكماً مغايراً للقواعد العامة، حيث تنص المادة/ ٩٥ من القانون المدني على أنه : " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمـــسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عـــند عـــدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المـــسائل التـــي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة " .

---

(٥٧) د/ حمدي عطيفي : ص ٤٠ .

ويشترط لتطبيق الحكم الوارد بالمادة / ٩٥ المذكورة ثلاثة شروط هي[٥٨] :

١ - أن تتطابق إرادة الطرفين على جميع العناصر الجوهرية في العقد .

٢ - أن يتبين من الظروف بوضوح أن الطرفين قد احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد . أما إذا كانا قد تفاوضا بشأنها ولم يصلا إلى اتفاق، فهذا يحول دون إتمام العقد، لأنه لا يمكن القول - وقد تفاوضا بشأن هذه المسائل ولم يصلا إلى اتفاق بشأنها - أنهما قد أرجئا حكمها لاتفاق لاحق[٥٩].

٣ - ألا يتفق الطرفان على أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية، فإذا وجد مثل هذا الاشتراط فإن العقد لا ينعقد في هذه الحالة .

إذا توافرت الشروط السابقة، فإن العقد ينعقد، وإذا قام نزاع بشأن المسائل التفصيلية التي يتم الاتفاق عليها، فإن القاضي يقوم بتكملة العقد بشأن هذه المسائل، وذلك بحسمها بالرجوع إلى

---

(٥٨) راجع حول هذه المسألة بالتفصيل د/ مصطفى عبد الجواد : المرجع السابق - ص ١٩٨ وما بعدها .

(٥٩) د/ جابر محجوب : ص ٦١ .

طبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف وقواعد العدالة .

ثانياً : عدم تطلب شكل خاص لانعقاد البيع :

ذكرنا فيما سبق، أن عقد البيع من العقود الرضائية التي لا يشترط شكل خاص لانعقادها، وإنما يكفي مجرد التراضي لانعقاد العقد دون حاجة إلى أن يفرغ هذا التراضي في شكل خاص . ويسري هذا الحكم ولو ورد البيع على عقار، رغم أن المشرع المصري يقضي بأن الملكية في العقارات لا تنتقل – سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير – إلا بالتسجيل، لأن نقل الملكية أثر من آثار عقد البيع الذي انعقد صحيحاً . ويرتب عقد البيع غير المسجل كافة آثاره ما عدا نقل الملكية الذي يتراخى حتى تمام التسجيل،ويستطيع المشتري – إذا رفض البائع المعاونة في إجراء التسجيل – أن يحصل على حكم بصحة ونفاذ عقد البيع، ويقوم تسجيل هذا الحكم مقام تسجيل العقد نفسه .

غير أن قاعدة رضائية عقد البيع يرد عليها بعض الاستثناءات التشريعية كما أشرنا من قبل[٦٠]، فضلاً عن أنها ليست من النظام العام، ومن ثم يجوز للأطراف الاتفاق على أن البيع لا ينعقد إلا إذا تم إفراغ التراضي في شكل خاص كتطلب كتابة عرفية

---

(٦٠) راجع نص المادة / ١٤٠ من القانون المدني .

أو رسمية، ففي هذه الحالة لا ينعقد العقد إلا إذا تم في الشكل المتفق عليه . ويجب البحث عن القصد من اشتراط الكتابة،وهل هي شرط للانعقـــاد أم شرط للإثبات ؟ وقاضي الموضوع هو الذي يبحث هذه المسألة من واقع بنود العقد والظروف المحيطة بإبرامه،وإذا قام شك حـــول حقـــيقة نـــية الطرفين من اشتراط الكتابة، يجب افتراض أن الكتابة قد اشترطت لإثبات البيع فقط، وليست شرطاً لانعقاده(٦١).

الفـــرع الثانـــي

" صحة التراضي في عقد البيـــع "

لا يكفي وجود التراضي على البيع، وإنما يجب أن يكون هذا التراضـــي، صـــحيحاً لكي ينشأ البيع صحيحاً منتجاً لآثاره، ويكون الرضـــاء صحيحاً متى صدر من ذي أهلية لإبرام البيع،ومعبراً عن إرادة سليمة خالية من العيوب .

وفـــيما يـــتعلق بعيوب الإدارة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاســـتغلال، فليـــست لهـــا خصوصية في عقد البيع، وإنما تسري بشأنها القواعد العامة الواردة في نظرية العقد، ولذا نحيل بشأنها إلى النظرية العامة للالتزام(٦٢) .

---

(٦١) د/ حمدي عطيفي، ص ٤٣ .

(٦٢) راجـــع بـــشأن عـــيوب الإدارة بالتفصيل : د/ مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٢١ .

غيــر أن المشرع المصري قد خرج على القواعد العامة في شأن عقد البيع ، واشترط لصحة رضاء المشتري ، ومن ثم لصحــة عقد البيع نفسه، أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً (مادة / ٤١٩ مدنـــي)، فـــإن لم يتوافر هذا الشرط كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري .

وعلــيه، فــإن الحــديث في صحة التراضي في البيع يشمل الحــديث عن الأهلية اللازمة لإبرام عقد البيع، ثم دراسة شرط علم المشتري بالمبيع علماً كافياً، وذلك من خلال غصنين كالتالي :

الغصن الأول : **الأهلية اللازمة لإبرام عقد البيع .**

الغصن الثاني : **ضرورة العلم الكافي بالمبيع .**

الغصــن الأول

" الأهلية اللازمة لإبرام عقد البيــع "

يجــب أن يكــون الرضاء بالبيع أو بالشراء صادراً ممن له أهلية إصداره قانوناً، أو ممن له ولاية إصداره .

نتحدث إذاً عن الأهلية، ثم عن الولاية فيما يلـي :

أولاً : الأهلية في عقد البيع :

لم يتضمن القانون المدني الحالي نصاً يتعلق بالأهلية اللازمة لإبــرام البيع[٦٣]، وحسناً فعل، إذ أن القواعد العامة في الأهلية تطبق في هذا الصدد.

ولما كان البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإنه يشترط توافر أهلية التصرف لدى كل من البائع والمشتري، أي يجب أن يكـــون كل منهما بالغاً لسن الرشد القانوني وهو إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة، وغير مصاب بأي عارض من عوارض الأهلية التي تستوجب الحجر .

فـــإذا كان أحد طرفي عقد البيع ناقص الأهلية كان العقد قابلاً للإبطـــال لمصلحته، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو وصيه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون[٦٤]. ويسقط الحق فـــي طلب إبطال العقد إذا لم يتمسك به من تقرر لصالحه (البائع أو المـــشتري) خـــلال ثـــلاث ســـنوات مـــن اليوم الذي يبلغ فيه سن الرشد[٦٥] .

---

(٦٤) مادة ٢/١١١ .

(٦٥) مادة ١/١٤٠ .

وهناك حالات يجوز فيها للصبي المميز البيع والشراء، أهمها:

١- ما تقضي به المادة / ٥٧ من قانون الولاية على المال من أنه يجوز للمحكمة أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة أن يمارس التجارة، ومن ثم إبرام ما تستلزمه التجارة من بيع وشراء .

٢- ما تقضي به المادة / ٦١ من ذات القانون من أن للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم إليه أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط . وهذا يعني أن القاصر الذي بلغ سن التمييز (سبع سنوات) تكون له أهلية التصرف في المال الذي يوضع تحت تصرفه أو يسلم إليه للإنفاق منه على نفسه، فإذا كان المال نقوداً يستطيع أن يشتري بها ما يلزمه من حاجيات(٦٦).

٣- ما تقضي به المادة / ٦٢ من قانون الولاية على المال من أن للقاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلية التصرف في كسبه من عمله وفي حدود هذا المال فقط، فيستطيع أن يشتري به ما يشاء، وإذا اشترى شيئاً يجوز له أن يبيعه،

---

(٦٦) د/ جابر محجوب، ص ١٠١ .

ويكـــون الشراء والبيع صحيحاً في حدود المال الذي كسبه القاصر من عمله.

٤- مـــا تقـــضي به المادة / ١١٢ من القانون المدني، والمادتان ٥٤ ، ٥٥ من قانون الولاية على المال، من إجازة البيع أو الـــشراء للقاصر المأذون له (الذي بلغ الثامنة عشرة) في تـــسلم أمواله وإدارتها، وذلك متى كان ذلك ضرورياً للقيام بأعمـــال الإدارة ، كبـــيـــع حاصـــلات الأرض الزراعيـــة الـــتـــي يديرها القاصر، وشراء ما يلزم للزراعة من بذور وأسمدة وآلات .

ففـــي الحـــالات المـــتقدمة، يكفي التمييز لدى القاصر للبيع والشراء .

وإذا كـــان أحـــد طرفي البيع عديم الأهلية، يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً .

والعبـــرة فـــي توافر الأهلية وقت إبرام العقد، ولا عبرة بما يصيب أهلية المتعاقد بعد ذلك من عوارض أو موانع .

علـــى أن عـــدم توافـــر أهلـــية التـــصرف لدى شخص من الأشـــخاص لا يمـــنع مـــن أن تتحقق آثار البيع في مواجهته سواء باعتـــباره بائعـــاً أو مشترياً، إذا تم البيع أو الشراء عن طريق ممثله القانوني، أو من له الولاية عليه، وهذا ما يدعونا للحديث عن الولاية في إبرام البيع فيما يلي :

ثانيا : ولاية إبرام البيع لحساب الغير :

الولاية هي سلطة مخولة لشخص بمباشرة كل أو بعض حقوق الغير والعمـل لحسابه[٦٧] . وهذه السلطة قد تجد مصدرها في القانون أو فـي حكم القضاء ، كمـا هـو الحال في ولاية إبرام البيع لحساب الصغير بواسطة الولي أو الوصي . كما قد تجد الولاية مصدرها في الاتفـاق ، كمـا هـو الحـال في ولاية إبرام البيع لحساب الأصيل بواسطة الوكيل .

وإذا كـان جزاء عدم توافر الأهلية لدى أحد طرفي عقد البيع هـو الـبطلان أو القابلية للإبطال، فإن جزاء عدم توافر الولاية في إبـرام البيع لحساب الغير هو عدم نفاذ هذا التصرف في حق الغير الذي تم التصرف لحسابه، ويتوقف نفاذه في حقه على إقراره[٦٨].

ولـسنا بـصدد ترديد الأحكام التي تقضي بها القواعد العامة بشأن الولاية، وإنما فقط نركز على بيان مدى ولاية النائب في البيع أو الـشراء لحـساب الأصيل، فنشير في هذا الصدد إلى المسألتين التاليتين :

(أ) مدى ولاية النائب في البيع أو الشراء لحساب الأصيل .

(ب) مدى إجازة بيع النائب لنفسه .

---

(٦٧) نفس الإشارة .

(٦٨) د/ شكري سرور، ص ٧٧، ٧٨ .

(أ) مدى ولاية النائب في البيع أو الشراء لحساب الأصيل :

يستمد النائب ولايته من القانون، أو من حكم القضاء، أومن الاتفاق . ونركز على النائب الذي يستمد ولايته من القانون، فنعرض لمدى ولاية الولي في البيع والشراء، ثم لمدى ولاية الوصي والقيم والوكيل عن الغائب في البيع والشراء، كالتالي :

١ – مدى ولاية الولي في البيع والشراء :

الولي الطبيعي هو الأب أو الجد لأب، وولاية الأب أوسع من ولاية الجد .

فيجوز للأب أن يتصرف في منقولات ابنه الصغير أياً كانت قيمتها وبدون إذن المحكمة، إلا إذا كانت هذه المنقولات أوراقاً مالية أو محلاً تجارياً ولم تكن قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع، حيث يجب الحصول على إذن المحكمة إذا زادت قيمة هذه الأموال على ثلثمائة جنيه . ويجوز للأب أن يتصرف في عقارات الصغير بدون إذن المحكمة، إذا كانت قيمتها لا تزيد على ثلثمائة جنيه، أو كانت قيمتها تزيد على هذا المبلغ ولكنها آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع، وإلا فيجب إذن المحكمة . وفي جميع الأحوال يجب الحصول على إذن المحكمة بالتصرف في أموال القاصر (عقارات أو منقولات) أياً كانت قيمتها، إذا كانت

هـــذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصي بألا يتصرف ولي القاصر في المال الموروث [٦٩] . ويأخذ الشراء حكم البيع .

أما الجد، فلا يجوز له التصرف مطلقاً في مال القاصر عقاراً كان أو منقولاً، وأياً كانت قيمته، وسواء أكان التصرف بيعاً أو شراءً إلا بإذن المحكمة.

ولا يجـــوز للولي، أيا كان أباً أو جداً، أن يتصرف في عقار القاصـــر لنفـــسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقارب زوجه إلى الدرجة الـــرابعة، إلا بـــإذن المحكمة[٧٠]، فإذا أذنت جاز للأب أن يتعاقد مع نفسه، أما الجد فيلزمه أن يطلب تعيين وصي خاص للتعاقد معه[٧١].

٢- مـــدى ولايـــة الوصـــي والقـــيم والوكيل عن الغائب في البيع والشراء :

وفقـــاً لنص المادة / ٣٩ من قانون الولاية على المال فإنه لا يجـــوز للوصـــي التصرف في أموال القاصر، عقاراً كان المال أو مـــنقولاً، وبيعاً كان التصرف أو شراءً إلا بإذن المحكمة . ولابد من إذن خاص في ذلك إذا أراد الوصي شراء مال القاصر لنفسه أو بيع مالـــه للقاصر، ويطلب تعيين وصي خاص للتعاقد معه[٧٢]. وتسري

---

(٦٩) انظر المواد ٨، ١٣من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

(٧٠) مادة / ١٥ من قانون الولاية على المال .

(٧١) مادة/٧ من قانون الولاية على المال .

(٧٢) مادة / ٣١ من ذات القانون.

هذه الأحكام على القيم والوكيل عن الغائب[٧٣].

غير أن هناك بعض البيوع التي تلحق بأعمال الإدارة، وهذه يجوز أن يباشرها الوصي والقيم والوكيل عن الغائب دون حاجة إلى الحصول على إذن المحكمة، ومن ذلك بيع الحاصلات المملوكة للقاصر أو شراء ما يلزم لزراعة أرضه[٧٤].

<u>(ب) مدى إجازة بيع النائب لنفسه :</u>

هل يجوز للنائب أن يبيع أو يشتري لنفسه ما أنيب في بيعه أو شرائه؟

وفقاً للقواعد العامة، فإنه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة[٧٥].

يتضح من ذلك، أنه لا يجوز للنائب عن البائع أن يشتري الشيء لنفسه أو لشخص آخر هو نائب عنه أيضاً، كما لا يجوز

---

(٧٣) نفس الإشارة .

(٧٤) مادة / ٧٨ من قانون الولاية على المال.

(٧٥) د/ السنهوري : ص ٨٦.

للـــنائب عـــن المشتري ذلك . وعلة المنع تكمن في أن النائب يتحكم بإرادته وحـــده في مصلحتين متعارضتيـــن، فمصلحته كمشتري أن يـــشتري بأقل سعر، في حين أن مصلحته كنائب عن البائع تتمثل في البـــيع بأعلـــى ســـعر، ويخشى أن يضحي النائب بمصلحة الأصيل لحـــساب مـــصلحته هو، أو أن يضحي بمصلحة أحد الأصيلين في سبيل تحقيق مصلحة الأصيل الآخر إذا كان نائباً عن أحدهما في بيع مال، وكان نائباً عن الآخر في شراء مال مثله .

ويـــستثنى من المنع السابق حالات ثلاثة نصت عليها المادة / ١٠٨ من القانون المدني وهي :

<u>الحالة الأولى:</u> إذا رخص الأصيل مقدماً للنائب بأن يتعاقد مع نفسه . **<u>والحالة الثانية :</u>** إذا وجد نص في القانون يسمح للنائب بذلك، كنص المـــادة / ١٤ مـــن قانـــون الولاية على المال والذي يجيز للأب أن يـــتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شـــخص آخـــر . **<u>أما الحالة الثالثة :</u>** فهي حالة وجود عرف تجاري يجيـــز تعاقد النائب مع نفسه، كتعامل الوكيل بالعمولة فيما وكل في بيعه أو شراؤه من أوراق مالية أو بضائع، فيتعاقد مع نفسه نيابة عن طرفي العقد وفقاً لعرف التجارة .

ويترتب على مخالفة المنع عدم سريان التصرف الذي أبرمه النائب في حق الأصيل، لخروج النائب عن الحدود المرسومة لنيابته،ولذا فإن تصرف النائب يسري إذا أقره الأصيل[٧٦].

تطبيقات خاصة في بيع النائب لنفسه :

لم يشأ المشرع أن يكتفي بالمنع العام الوارد في نص المادة / ١٠٨ من القانون المدني، ولهذا فقد أورد بعض التطبيقات الخاصة لهذا المنع بصدد عقد البيع تحت عنوان : " بيع النائب لنفسه " في نصوص المواد من ٤٧٩ : ٤٨١ من القانون المدني .

فقد نصت المادة / ٤٧٩ من القانون المدني على أنه : " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري لنفسه مباشرة أو باسم مستعار، ولو بطريق المزايد العلني ما يناط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى " .

كما نصت المادة / ٤٨٠ مدني على أنه : " لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار " .

---

(٧٦) مادة / ١٠٨ مدني .

وأخيراً نصت المادة / ٤٨١ مدني على أن : " يصح العقد في الأحـــوال المنـــصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لحسابه " .

ولتفــسير مـــا جاء بالنصوص السابقة، نوضح حكمة المنع، ونطاقه، ثم طبيعة الجزاء المترتب على مخالفة المنع، كالتالي :

(١) حكمة المنع من الشراء في النصوص السابقة :

تتمثل حكمة المنع من الشراء بالنسبة لمن ينوب عن غيره في الخـــشية مـــن أن يضحي النائب بمصلحة الأصيل في سبيل تحقيق مـــصلحته هـــو، أو مصلحة شخص آخر ينوب عنه أيضاً، إذ يوجد تعارض بين المصالح في هذه الحالة .

أمـــا حكمـــة المـــنع من الشراء بالنسبة للسماسرة والخبراء، فتتمـــثل فـــي أنـــه لو كان شراؤهم جائزاً لكان من المحتمل بالنسبة للسمسار أن يوهم من عهد إليه ببيع المال بأن ثمناً منخفضاً هو الثمن الملائم ، أو على الأقل أن يتقاعس عن البحث عن مشتر للمال بثمن مرتفع، وبالنسبة للخبير فإنه قد يحط من قيمة المال المكلف بتقديره، ويقـــدره بثمن قليل، بغية حصول كل من الخبير والسمسار على هذا المال لنفسيهما بثمن بخس[٧٧] .

(٧٧) د/ جمـــيل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٣٩، د/ جابر محجوب : ص ١٠٣ .

(٢) نطاق المنع من الشراء :

يتحدد نطاق المنع ببيان الأشخاص الذين يسري في مواجهتهم، والبيوع التي ينطبق عليها، ثم الاستثناءات التي ترد عليه، وذلك كالتالي :

أ – نطاق المنع من حيث الأشخاص :

يسري المنع من الشراء في مواجهة طائفتين هما :

الطائفة الأولى : طائفة النواب عن الغير المكلفين ببيع المال :

يستوي أن يكون مصدر نيابتهم الاتفاق أو القانون أو أمر من السلطة المختصة، فيشمل ذلك الوكيل بالبيع والوصي والقيم والنائب عن غيره بحكم القانون، والموظف العام المعهود إليه في بيع المال، والسنديك (وكيل الدائنين) والحارس القضائي، والمصفي بالنسبة لمال التفليسة أو مال المدين المعسر.(٧٨)

– الطائفة الثانية : طائفة السماسرة والخبراء المعهود إليهم في بيع المال أو تقدير قيمته . وهؤلاء ألحقهم المشرع بالنواب عن الغير وإن لم يكونوا كذلك في الحقيقة .

ويشمل المنع ما ذكر في الطائفتين السابقتين، سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار .

---

(٧٨) د/ شكري سرور : ص ٨١ .

ب – نطاق المنع من حيث البيوع :

يشمل المنع كافة صور بيع المال المعهود إلى النائب في بيعه، وكذا كل أشكال البيع بالنسبة للمال المعهود إلى السمسار في بيعه ، أو إلى الخبير في تقدير قيمته . وسواء أكان البيـــع بطريـــق الممارسة، أو بطـــريق المزاد العلني . فلو وكل شخص في بيع مال الغير بالمزاد العلنـــي، فإنـــه لا يجوز له أن يدخل مزايداً لشراء هذا المال، إذ لا تزال مصلحته الشخصية متعارضة مع مصلحة موكله .

ج – الاستثناءات الواردة على المنع :

ترد على المنع من الشراء بعض الاستثناءات أهمها :

١ – فـــي حالة صدور إذن سابق بالشراء ممن يملكه سواء أكان مـــن المـــوكل للوكيل، أو من المحكمة للوصي، أو من جهة الإدارة للموظـــف المكلـــف بالبيع بحسب الأحوال . ومن ثم فلـــيس مـــن الضروري أن يصدر هذا الإذن من القضاء كما ذكـــرت المـــادة/ ٤٧٩، إذ أن ذلك لا يكون واجبا إلا عندما يكون النائب معيناً بنص القانون أو بحكم من القضاء[٧٩].

---

(٧٩) د/ جابر محجوب : ص ١٠٤ ، ص ١٠٥ .

٢- كمـــا يجوز الشراء في الحالات التي يجيز فيها القانون ذلك، وقد نصت على هذا الاستثناء أيضاً المادة / ٤٧٩ حينما قالت : " ومـــع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخـــرى " . ومـــن هذه الحالات إجازة شراء الأب مال ابنه القاصر لنفسه وذلك في الحدود التي بيناها فيما سبق .

٣- إذا وجـــد عـــرف تجاري يجيز الشراء ، ومن قبيل ذلك ما جـــرى بـــه العرف التجاري من السماح للوكيل بالعمولة في شراء ما وكل في بيعه .

وبديهي أن المنع يزول إذا انتهت النيابة أياً كان مصدرها .

(٣) الجزاء المترتب على المنع من الشراء :

بـــداءة نذكر بأن المنع من الشراء في الأحوال المذكورة، لا يـــرجع إلى نقص في أهلية الأشخاص الممنوعين من الشراء، فنقص الأهلـــية شيء والمنع من الشراء شيء آخر، وإنما يقوم المنع بسبب تعارض المصالح كما تقدم .

ووفقـــاً لنص المادة/ ٤٨١ من القانون المدني فإنه : "يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لحسابه".

وقد ذهبت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني تعليقاً على هذا النص، إلى أن شراء النائب للمال المعهود إليه في بيعه قابل للابطال لمصلحة الأصيل، لأن المنع من الشراء يمثل نوعاً من نقص الأهلية بالنسبة للنائب، ولهذا فإن البيع يمكن تصحيحه بالإجازة الصادرة من الأصيل[٨٠] .

وهنا التأسيس محل نظر من جانب الفقه، لعدة أسباب أهمها[٨١]:

١ – أن تأسيس البطلان النسبي على فقد الأهلية لدى النائب لا يتمشى مع حرمان هذا الأخير من طلب البطلان وجعل هذا الحق للأصيل وحده، لأن الغاية من تقرير فقدان الأهلية هو حماية فاقد الأهلية نفسه، ولا يتأتي ذلك إلا إذا جُعل له أو لمن ينوب عنه حق التمسك بالإبطال .

٢ – أن هذا الرأي لا يتفق مع المبادئ القانونية العامة والتي تجعل البطلان النسبي جزاء لتخلف أحد شروط صحة العقد كوجود عيب في إرادة أحد المتعاقدين أو نقص الأهلية، في حين أن ذلك لا يتوافر في الحالة التي نحن بصددها .

---

(٨٠) د/ السنهوري : ص ٩٠ .
(٨١) د/ جابر محجوب : ص ١٠٦ .

وذهـب رأي فـي الفقـه إلى أن الأمر يتعلق بحالة منع قانوني من التعاقد[٨٢]، إلا أنه يؤخذ على هذا الرأي أن المنع القانوني من التعاقد يجعل العقد الذي يتم بالمخالفة له غير مشروع وبالتالي باطلاً بطلاناً مطلقـاً ، بحيث يتمسك به كل ذي مصلحة وتقضي به المحكمة من تلقـاء ذاتها، ولا يتفق ذلك مع قصر الحق في التمسك بالإبطال على الأصيل وحده[٨٣] .

ويـذهب الرأي الراجح في الفقه المصري إلى أن تحريم بيع النائب لنفسه يستند إلى تجاوز النائب حدود نيابته إذا قام بشراء المال الـذي أنـيط بـه بـيعه[٨٤]، وفي هذا يقول العلامة الأستاذ الدكتور السـنهوري : " والصحيح أن تحريم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على قـرينة قانونـية هي أن الأصيل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يُـدخل في هذه الإنابة أن يكون المناب هو المشتري سواء لنفسه أو بالنيابة عن غيره، وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابته فلا ينفذ تصرفه في حق الأصيل إلا إذا أجازه هذا" [٨٥] .

---

(٨٢) مجمـوعة الأعمال التحضيرية – جـ ٤ – ص ٢٣٠ . وهذا هو الرأي الذي يأخذ به الفقه الفرنسي، راجع د/ السنهوري : هامش ١ – ص ٩٢ .

(٨٣) د/ جمـيل الـشرقاوي : ص ٣٨ ، د/ شكري سرور : ص ٨٢، ص ٨٣، د/ جابر محجوب : ص ١٠٨ .

(٨٤) انظر في عرض هذا الرأي : د/ جميل الشرقاوي : ص ٣٨ .

(٨٥) د/ جميل الشرقاوي : ص ٣٨ ، ص ٣٩ .

١- أنـــه إذا أذن الأصيل للنائب مقدماً بالشراء، كان هذا الشراء جائزاً، إذ يكون الأصيل قد أدخل في حسابه جواز أن يشتري النائب المال لنفسه، ويكون التصرف داخلاً في حدود النيابة .

٢- أنـــه يجوز للأصيل أن يجيز الشراء بعد تمامه إذا لم يكن قد أذن بـــه مقـــدماً، إذ الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، وهذا ما تقـــضي به المادة/ ٤٨١، حيث تقضي بصحة العقد إذا أجازه من تم البيع لحسابه .

٣- أن القانـــون هو الذي يرسم حدود النيابة إذا كانت قانونية أو قضائية، فتارة يجيز بيع النائب لنفسه دون إذن، وتارة يستلزم إذن المحكمـــة، علـــى الـــنحو السابق بيانه، وفي ضوء نص المادة / ٤٧٩ من القانون المدني(٨٦).

ومـــن ثم يذهب الرأي السائد في الفقه المصري، إلى أن جزاء المنع مـــن الشراء أن يكون العقد غير نافذ في حق الأصيل، إلا إذا أجازه(٨٧) . فالأمر يتعلق بحالة فقدان للولاية تنتج من تجاوز النائب حدود نيابـــته ، وجـــزاء مخالفـــة المنع ليس البطلان وإنما هو عدم نفاذ تصرف النائب تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر التصرف القانوني.(٨٨)

---

(٨٦) د/ الـــسنهوري : ص ٩٢ والمـــراجع المـــشار إليها بهامش ٢، د/ جميل الشرقاوي: ص ٣٩، د/ جابر محجوب : ص ١٠٩ .

(٨٧) د/ السنهوري : ص ٩٢ .

(٨٨) راجع ما سبق : ص ٥٩ .

وفي هذا الصدد، يرى البعض أن العقد الذي يبرمه النائب أو من في حكمه قبل إجازة الأصيل، يكون معلقاً على شرط واقف، هو إجـازة الأصيل، فقبل الأجازة يكون العقد موجوداً ولكنه غير منتج لآثاره، أما عند حدوث الإجازة (وبالتالي تحقق الشرط) فإن وجود العقـد يتأكد وينتج آثاره، ليس من وقت حصول الإجازة، وإنما من لحظة إبرامه، وهذا هو مقتضى الأثر الرجعي لتحقق الشرط[٨٩] .

وفي النهاية نشير إلى ما قضت به المادة / ٤٧١ من القانون المدنـي، حـيث نصت على أنه : " لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمخضرين أن يشتروا لا بأسـمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظـر فـي هذا النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلاً .

كمـا نـصت المادة/ ٤٧٢ أيضاً على أنه : " لا يجوز للمحامين أن يـتعاملوا مـع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً " .

---

(٨٩) د/ شـكري سـرور : ص ٨٣ والمراجع المشار إليها بهامش ١، د/ جميل الشرقاوي : ص ٣٩ .

يلاحظ أن جزاء مخالفة المنع الوارد في المادتين السابقتين هو البطلان المطلق، بعكس الحالة التي عالجناها والمتعلقة بشراء النائب – أو من في حكمه – المال الذي أنيط به بيعه لنفسه . ولا يتسع المقام هنا لشرح ما جاء بالمادتين، / ٤٧١ ، ٤٧٢ من القانون المدني ، إذ يكون ذلك عند دراسة بيع الحقوق المتنازع عليها(٩٠).

الغصن الثاني

" ضرورة العلم الكافي بالمبيع "

أو " شرط العلم بالمبيع "

نصت المادة / ٤١٩ من القانون المدني على ما يلي : " ١- يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه . ٢- وإذا ذُكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع " .

وقبل أن نوضح المقصود بشرط العلم بالمبيع وأحكامه، نشير إلى أن المشرع لم يكتف بما توجبه القواعد العامة من أن يكون المبيع معيناً تعييناً كافياً أو على الأقل قابلاً للتعيين وإلا وقع العقد

---

(٩٠) د/ جميل الشرقاوي : ص ٣٩.

باطلاً بطلاناً مطلقاً .

كما لم يكتف المشرع بالأحكام العامة لعيب الغلط الذي يشوب إرادة أحد المتعاقدين، والتي تقضي بجواز إبطال العقد للغلط الجوهري، وهو يعد كذلك إذا وقع في صفة في الشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية (مادة / ١٢٠، مادة / ١٢١ مدني)، حيث يجوز وفقاً لأحكام الغلط – إذا توافرت شروطه – أن يطلب المشتري إبطال العقد إذا وقع في غلط جوهري في المبيع، شريطة أن يكون المتعاقد الآخر (البائع) قد وقع مثله في هذا الغلط . أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه (مادة / ١٢٠ مدني) .

أورد المشرع إذاً حكماً خاصاً في المادة / ٤١٩ فيما يتعلق بالبيع، فاشترط أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، وقرر المشرع البطلان النسبي لصالح المشتري جزاء عدم علمه بالمبيع علماً كافياً .

ونص المادة / ٤١٩ يلخص خمسة نصوص كانت واردة في التقنين المدني السابق (المواد من ٢٤٩ : ٢٥٣)، وهذه النصوص كانت مقتبسة من أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية .

وقد أراد المشرع – كما تقول مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي – التوفيق بين خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية، وبين المبادئ العامة في القانون المدني،وهذه لا تشترط رؤية المبيع، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معيناً تعييناً كافياً (٩١) .

والتساؤل الذي يطرح في هذا الصدد هو : **هل يعتبر شرط العلم بالمبيع مجرد تطبيق لعيب الغلط ؟**

يلزم للإجابة على هذا السؤال أن نعرض للمصدر التاريخي لشرط العلم بالمبيع ألا وهو خيار الرؤية المعروف في الفقه الإسلامي، ثم نوضح المقصود بشرط العلم بالمبيع وأحكامه وذلك على النحو التالي :

أولاً : مفهوم وأحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي .

ثانياً : مفهوم وأحكام شرط العلم بالمبيع في القانون المدني .

ثالثاً : الطبيعة القانونية لشرط العلم بالمبيع .

---

(٩١) د/ جابر محجوب : ص ١١١، ويشير سيادته إلى الرأي الذي ذهب إلى الأخذ بفكرة العقد الموقوف، إلا أنه لا يمكن الأخذ بهذه الفكرة في ظل عدم تبني المشرع المصري لهذه الفكرة السائدة في الفقه الإسلامي (انظر : ص١١٠).

أولاً مفهوم وأحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي

يثـبت خـيار الـرؤية فـي المذهب الحنفي في عقد البيع، وللمـشتري دون البائع. فمن اشترى عيناً معينة بالذات، ولم يكن قد رآهـا لا وقت البيع ولا قبل البيع، كان له الخيار إذا رآها، ولو كان قد اشتراها على الصفة وظهرت على ما وصفت(٩٢) .

فخـيار الـرؤية هو ما يثبت لأحد المتعاقدين عند رؤية محل العقد من الحق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عدم رؤية محله عند إنشاء العقد أو قبله(٩٣).

وسـبب ثبوت خيار الرؤية للعاقد عدم رؤيته محل العقد حين العقد أو قبله، ولذا يثبت بدون اشتراطه، سواء وصف له المحل عند التعاقد فوجده كذلك عند رؤيته أو لم يوصف له(٩٤).

---

(٩٢) انظـر حول هذا الموضوع بالتفصيل : أستاذنا الدكتور / أحمد محمود سعد : نظرية العقود المسماة – عقد البيع – الطبعة الثانية – ٢٠٠٢ – ص ٧٥ وما بعدها .

(٩٣) انظـر : مجمـوعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جـ٤ – ص ١٨، ص ١٩ .

(٩٤) راجع حول خيار الرؤية بالتفصيل في الفقه الإسلامي : الأستاذ الشيخ / علي الخفـيف : أحكـام المعاملات الشرعية – ١٩٥٢ – ص ١٤٨ وما بعدها، د/ السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي –جـ٤ – ص ٢٤٨ : ص ٢٥٨ ،د/ محمـد مـصطفى شـلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه – دار النهضة العربية – بيروت – ١٤٠٣ هـ/ ١٩٨٣ م – ص ٦١٧ وما بعدها .

ويستند الحنفية في القول بخيار الرؤية إلى حديث نبوي يقول: " مـــن اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه "[٩٥] . كما يستندون إلـــى ما رواه الطحاوي (في شرح معاني الآثار) من أن عثمان بن عفـــان بـــاع لطلحة بن عبد الله أرضاً بالبصرة لم يرها واحد منهما، ولمـــا قيل لكل منهما إنك قد غُبنت قال : لي الخيار، ثم احتكما إلى جبيـــر بـــن مطعـــم فحكـــم بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد ما حكم به[٩٦].

ووفقـــاً للمذاهب الثلاثة الأخرى، فإن وصف المبيع يغني عن رؤيـــته، فالبـــيع على الوصف جائز، وليس للمشتري عند ذاك خيار الرؤية، وإنما له خيار الخلف في الوصف (تغير الوصف)[٩٧] . وقد تأثر المشرع المصري بهذه المذاهب أيضاً، فجعل الوصف مغنياً عن الرؤية، بل جعل إقرار المشتري أنه عالم بالمبيع بمثابة الرؤية[٩٨] .

<u>المـــراد بالرؤية :</u> يعطي فقهاء المذهب الحنفي للرؤية معنى أعم من معـــناها اللغـــوي، فتشمل الرؤية إلى جانب المشاهدة على الطبيعة،

---

(٩٥) راجع : د/ جميل الشرقاوي : ص ٤١.

(٩٦) د/ خميس خضر : ص ٥٣، ص ٥٤ .

(٩٧) وهـــو حـــديث ضعيف مطعون في صحته كما يقول صاحب نصب الراية – جـــ٤ – ص ٩،انظر : د/ محمد مصطفى شلبي : المرجع السابق – ص ٦١٨.

(٩٨) د/ محمد مصطفى شلبي : ص ٦١٨ .

العلم بالمبيع بأي حاسة من الحواس، سواء أكان بالشم أو بالتذوق أو باللمس(٩٩).

شـــروط ثبوت خيار الرؤية : يشترط الفقهاء لثبوت خيار الرؤية ما يلي(١٠٠) :

١- أن يكـــون محل العقد معيناً بالتعيين (بالذات)، أما إذا كان معيناً بالوصف فإنه لا يثبت خيار الرؤية، بل الذي يثبت هو خيار فوات الوصف .

٢- أن يكون العقد مما يقبل الفسخ ليمكن فسخه، مع ملاحظة أن معنـــى الفـــسخ في الفقه الإسلامي أعم من معناه في القانون المدني .

٣- ألا يكـــون العاقد قد رأى محل العقد عند التعاقد أو قبله بزمن لا يتغيـــر فـــيه، فإن كان رآه لا يثبت له خيار لانعدام سبب الخيار .

ووجـــود خيار الرؤية يجعل العقد غير لازم وفقاً لما هو سائد في الفقه الإسلامي .

---

(٩٩) انظـــر فـــي خيار الرؤية في المذاهب الثلاثة – عدا الحنفي – بالتفصيل : د/ الـــسنهوري : مـــصادر الحق في الفقه الإسلامي – السابق – جـ ٤ – ص ٢٥٩: ص ٢٦٧ .

(١٠٠) د/ السنهوري : الوسيط – جـ٤ – السابق – ص ٩٢ .

وقت ثبوت خيار الرؤية : يثبت خيار الرؤية للمشتري وقت الرؤية لا قبلها، حتى لو أجاز البيع قبل الرؤية ورضى بالبيع، إذ له رغم ذلك أن يرد المبيع إذا رآه، لأن نزوله عن الخيار قبل أن يثبت له لا يعتد به، لأنه إسقاط للخيار قبل وجوده، ولا يصح إسقاط الحقوق قبل وجودها[١٠١] . وإذا ثبت الخيار، يظل قائماً ولا ينتهي إلا بصدور ما يدل على الرضاء أو الفسخ، أو بحصول ما يسقطه .

مسقطات خيار الرؤية[١٠٢] : يسقط خيار الرؤية بأحد الأمور الآتية:

١- يسقط الخيار بكل ما يدل علي رضاء المشتري بالعقد سواء كان صريحاً أو دلالة (ضمناً) .

٢- كما يسقط إذا تعذر رد الشيء لهلاكه، أو تعيبه بعيب يمنع الرد مطلقاً، سواء كان بفعله أو بفعل غيره .

٣- أيضاً يسقط خيار الرؤية في حالة زيادة المعقود عليه زيادة تمنع الرد، ويقصد بذلك الزيادة المتصلة غير المتولدة منه التي حدثت عند المتملك، والمنفصلة المتولدة منه .

٤- وأخيراً يسقط بوفاة من له الخيار سواء كان الموت قبل الرؤية أو بعدها .

---

(١٠١) د/ محمد مصطفى شلبي : ص ٦٢٠ .

(١٠٢) د/ محمد مصطفى : ص ٦١٩ ، ص ٦٢٠ .

ثانياً : مفهوم وأحكام شرط العلم بالمبيع في القانون المدني

نبدأ بتوضيح مفهوم العلم بالمبيع في ضوء نص المادة / ٤١٩ من القانون المدني، وما يتحقق به هذا العلم، ثم نتحدث عن جزاء عدم العلم بالمبيع ومسقطات هذا الجزاء فيما يلي :

(١) معنى العلم بالمبيع ووسائله :

اشترط المشرع في المادة / ٤١٩ من القانون المدني أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، غير أن المشرع لم يضع تحديداً أو ضابطاً لبيان معنى العلم الكافي .

والواقع أنه يجب تحديد مفهوم العلم الكافي في ضوء الغرض من اشتراطه ألا وهو ضمان تنور إرادة المشتري بالنسبة للمبيع . وبالتالي يتم تحديد العلم الكافي بالمبيع، بأنه العلم الذي يصلح أساساً لرضاء سليم بالشراء،وعلى ذلك فهو يتضمن إلى جانب معرفة المبيع ذاته أن يكون المشتري عارفاً بصفاته الأساسية التي تضمن له تحقيق الغاية من شرائه، فإذا كان المبيع منزلاً للسكنى، فيجب أن يعلم المشتري بموقعه كذكر اسم الشارع ورقم المنزل والمنطقة التي يوجد بها،وعدد طوابقه وغرفه وغير ذلك مما تجري العادة على تحريه قبل الإقدام على السكنى(١٠٣) . فإذا لم يتحقق ذلك كان

---

(١٠٣) د/ خميس خضر : ص ٥٤ .

للمـــشتري الحـــق في التمسك بتطبيق جزاء عدم العلم بالمبيع والذي سنوضحه عما قليل . إلا أن العلم الكافي لا يصل إلى حد معرفة كل التفـــصيلات عن المبيع ولو كانت ثانوية الأهمية، كلون دهان غرف المنزل[١٠٤].

والعلـــم الـــذي تتطلبه المادة / ٤١٩ مدني هو العلم المعاصر لانعقاد البيع أو السابق له، بشرط أن يبقى المبيع إلى وقت العقد على الحالة التي كان عليها وقت العلم[١٠٥].

وسائل تحقيق العلم بالمبيع :

يمكن أن يتحقق العلم بالمبيع بإحدى وسائل ثلاث هي :

الوســيلة الأولى : رؤية المبيع : أي معاينته، وفي هذا يتفق القانون المدنـــي مـــع خـــيار الـــرؤية في الفقه الإسلامي . وتتحقق المعاينة بالطـــريقة التـــي تتناسب مع طبيعة المبيع، فتكون بالإبصار إذا كان المبـــيع مـــن المرئيات، وبالشم إذا كانت طبيعة المبيع تقتضي ذلك كالـــروائح العطـــرية، وبالـــتذوق إذا كان طعاماً أو شراباً[١٠٦]، أو بـــاللمس إذا كانت طبيعة المبيع تستلزم ذلك كأن يكون قماشاً . وهذا أيضاً السائد في معنى الرؤية في الفقه الإسلامي .

---

(١٠٤) د/ محمد مصطفى : ص ٦٢٣ ، ص ٦٢٤ .
(١٠٥) د/ جميل الشرقاوي : ص ٤٢ .
(١٠٦) د/ جميل الشرقاوي : ص ٤٣ .

وإذا كان البيع بالعينة، فيجب أن يتوافر العلم بالعينة ذاتها[١٠٧] .

وقد تتم المعاينة بمعرفة المشتري نفسه أو من ينيبه، لاسيما إذا كان المشتري أعمى وكانت المعاينة تحتاج إلى الرؤية[١٠٨].

الوسيلة الثانية : وصف المبيع وصفاً يمكن من تعرفه : وهذه وسيلة نصت عليها المادة / ٤١٩ بقولها : " إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه " .

فالمشرع قد جعل وصف المبيع في العقد وصفاً كافياً مساوياً لرؤية المبيع، والقانون بذلك يخالف أحكام خيار الرؤية في الفقه الحنفي، إذ فيه يثبت خيار الرؤية في البيع ما دام المشتري لم ير المبيع، ولو تضمن العقد وصف المبيع وصفاً كافياً، بل حتى لو وجد المشتري المبيع مطابقاً لما وصف به[١٠٩].

ويجب ألا يفهم من صياغة المادة / ٤١٩ / ١ مدني أن المقصود بكلمة " العقد " المحرر الذي يثبت فيه الاتفاق على البيع، رغم ما قد توحي به صياغة النص " إذا اشتمل العقد "، وإنما يجب

---

(١٠٧) د/ خميس خضر : ص ٥٦ .
(١٠٨) نفس الإشارة .
(١٠٩) نفس الإشارة .

أن يــؤخذ مــصطلح العقد هنا بمعنى الاتفاق على البيع بصفة عامة حتـــى ولـــو لـــم يكن مكتوباً، ذلك لأن البيع عقد رضائي لا يشترط الكـــتابة، لانعقاده كقاعدة عامة – على ما تقدم ذكره – ومن ثم فمن الممكـــن أن يوصـــف المبيع للمشتري دون حاجة إلى أن يكون هذا الوصف مكتوباً[١١٠] .

<u>الوسيلة الثالثة : إذا قرر المشتري عند التعاقد علمه بالمبيع :</u> وفقاً لـــنص الفقرة الثانية من المادة / ٤١٩ فإنه إذا ذُكر في عقد البيع أن المـــشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به، إلا إذا ثبت تدليس البائع .

فهـــذا الإقـــرار يُـسقط حق المشتري في طلب الإبطال على أساس عدم العلم بالمبيع، سواء أكان عالماً بالمبيع فعلاً أو غير عالم به، ذلك لأن العلم بالمبيع يتوافر فعلاً في الحالة الأولى، وفي الحالة الثانـــية يفـــيد الإقرار أن المشتري لا يعلق أهمية كبرى على علمه بالمبيع أو أنه ينزل عن التمسك بالطعن في البيع لعدم العلم[١١١] .

وهـــذه الوسيلة الثالثة قد خالف فيها المشرع الوضعي ما هو ســـائد فـــي خيار الرؤية في الفقه الإسلامي، حيث لا يملك المشتري

---

(١١٠) د/ جابر محجوب : ص ١١٨ .

(١١١) د/ خميس خضر : ص ٥٧.

التنازل عن الخيار قبل الرؤية[١١٢].

(٢) جزاء عدم العلم بالمبيع :

تقضي المادة / ٤١٩ / ٢ مدني بأنه : إذا ذُكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به ".

ومن ذلك يتبين أن المشرع المصري قد جعل جزاء عدم العلم بالمبيع – بإحدى الوسائل الثلاثة – هو قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري، وفي هذا يختلف حكم القانون المدني المصري عن حكم الفقه الإسلامي الذي يجعل أثر ثبوت خيار الرؤية أن يكون لمن يثبت له حق إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية محل العقد، فالجزاء هو الفسخ وليس القابلية للإبطال .

ومن ثم يكون عقد البيع الذي لم يتحقق فيه علم المشتري بالمبيع على النحو السابق، صحيحاً ومنتجاً لآثاره حتى يقضي ببطلانه، ويقتصر التمسك بالإبطال على المشتري، وبالتالي لا يستطيع البائع أن يستند إلى عدم علمه هو بالمبيع لأن البطلان مقرر لمصلحة المشتري[١١٣].

---

(١١٢) د/ جميل الشرقاوي : ص ٤٤ ، ص ٤٥.

(١١٣) راجع الأستاذ الشيخ / علي الخفيف : المرجع السابق ص ١٥١ .

غيـر أن الحـق في رفع دعوى إبطال العقد لعدم تحقق العلم الكافي بالمبيع يسقط بعدة أمور نوضحها فيما يلي :

(٣) مسقطات الحق في رفع دعوى الإبطال لعدم العلم بالمبيع :

لـم يعرض المشرع المصري للأسباب التي تؤدي إلى سقوط دعوى الإبطال لعدم العلم بالمبيع ، غير أن الحق فـي طلب الإبطال يـسقط بالأسـباب التـي تقضي بها القواعد العامة، وأيضاً بأغلب الأسباب التي يسقط بها خيار الرؤية في الفقه الإسلامي .

ومـن ثـم، يسقط الحق في طلب الإبطال لعدم العلم بالمبيع بالأسباب التالية :

١- **التقادم :** أي مـرور مـدة ثلاث سنوات من وقت العلم أو خمـس عشرة سنة من وقت العقد، وفقاً للقاعدة السائدة بشأن سقوط الحق في التمسك بالإبطال بصفة عامة (مادة / ١٤٠ مدني) .

٢- **الإجازة الصريحة أو الضمنية :** (م / ١٣٩٠ مدني) : ومن أمثلة الإجازة الصريحة أن يعلن المشتري نزوله عن التمسك بحقـه في طلب الإبطال رغم أنه لم يعلم بالمبيع علماً كافياً، ويقـوم مقام هذا النزول إقرار المشتري في مجلس العقد أنه عالم بالمبيع ولو كان لا يعلم به فعلاً . أما الإجازة الضمنية فتتمـثل فـي أي فعل أو تصرف يصدر من المشتري ويدل

علـــى تمسكه بالمبيع وبالتالي إمضاء العقد، ومثالها تصرف المشتري في الشيء محل البيع إلى آخر، أو الانتفاع بالشيء أو عرضـــه للبـــيع أو قبض ثمنه، أو طلب المشتري الأخذ بالشفعة(١١٤).

٣- زيـــادة المبـــيع في يد المشتري،وكذلك تعيب المبيع في يد المشتري .

٤- تعـــذر رد المبـــيع كله أو بعضه بسبب هلاكه، أو تعيب هذا الـــبعض أو التـــصرف فـــيه، لأن خيار الرؤية لا يثبت في البعض(١١٥).

٥- تـــصرف المـــشتري في المبيع قبل العلم تصرفاً يوجب حقاً للغير، كما لو باعه أو رهنه(١١٦).

٦- هل يسقط الحق في طلب الإبطال بموت المشتري ؟

---

(١١٤) د/ جميل الشرقاوي : ص ٤٦ ، ص ٤٧ .

- ولكـــن هـــذا لا يمـــنع البائع من الطعن في العقد على أساس الغلط إذا توافرت شروطه وفقاً للقواعد العامة .

(١١٥) د/ خميس خضر : ص ٦١.

(١١٦) د/ جابـــر محجـــوب : ص ١٢٦ . ومـــع ذلك يرى البعض جواز التمسك بالإبطـــال ولـــو استحال الرد، إذ يجوز الحكم بتعويض عادل وفقاً للمادة / ١٤٢ مدني (مشار إليه لدى د/ شكري سرور : هامش ٢ ص ٩٧) .

يذهب رأي في الفقه المصري إلى أن الحق في طلب الإبطال لعدم العلم بالمبيع يسقط بموت المشتري، وذلك قياساً على سقوط خيار الرؤية بموت المشتري في الفقه الإسلامي، لأن هذا الخيار إرادة ومشيئة لا تنتقل من المورث إلى ورثته ، فهو من قبيل الحقوق الذاتية التي ترتبط بشخص صاحبها ولا تنتقل إلى غيره[١١٧].

في حين يذهب البعض الآخر إلى أن حق الإبطال لعدم العلم لا يسقط بموت المشتري وذلك قياساً على عدم سقوط خيار الشفعة بموت الشفيع، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية[١١٨].

فقد استقرت محكمة النقض المصرية على أن حق الشفعة من الحقوق التي يجري فيها التوارث، ومن ثم ينتقل من المورث إلى ورثته، ويحق لهم التمسك به إذا توافرت شروط استعماله [١١٩]، وقد أشارت محكمة النقض في أحكامها إلى أن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي – عدا أبي حنيفة – يجيز انتقال الخيارات ومنها خيار الشفعة إلى الورثة انتقال الأموال والحقوق، وهو المذهب الذي يأخذ

---

(١١٧) د/ خميس خضر : ص ٦١ .

(١١٨) د/ السنهوري : هامش ٣ – ص ١٠٧ ، د/ خميس خضر : ص ٦٢ .

(١١٩) من هذا الرأي : د/ عبد المنعم البدراوي : عقد البيع في القانون المدني – ١٩٦١ – ص ١٢٢ ، د/ جابر محجوب : ص ١٢٧ .

به المشرع المصري[١٢٠] .

ونـؤيد الأخذ بالرأي الثاني الذي يذهب إلى عدم سقوط الحق في طلب الإبطال بموت المشتري،وبالتالي ينتقل إلى ورثته، فيكون لهم التمسك بإبطال عقد البيع بسبب عدم علم المشتري بالمبيع، ويقع على عاتقهم عبء إثبات عدم علم المشتري (مورثهم) بالمبيع، وهو إثبات صعب في الحقيقة .

ثالثاً : الطبيعة القانونية لشرط العلم بالمبيع :

اختلف الفقه حول ما إذا كان شرط العلم بالمبيع والجزاء المترتب عليه مجرد تطبيق للأحكام الخاصة بتعيين محل الالتزام، والأحكام الخاصة بالغلط كعيب من عيوب الإرادة، أم أن شرط العلم بالمبيع له استقلاله الذاتي عن هذين النظامين ؟

(أ) هل تغني القواعد المتعلقة بتعيين محل الالتزام عن شرط العلم بالمبيع ؟

السبب في هذا التساؤل هو ما ورد بنص المادة / ٤١٩ إذ جاء فيها ما يلي : " ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان

---

(١٢٠) انظر على سبيل المثال : نقض مدني : ١٩٣٩/٦/٨، ١٩٥٧/٣/٧، ١٩٨١/٢/٢٤، ١٩٨٧/١٠/٢١، ١٩٨٩/١٢/١٠ – المذكورة في قضاء النقض في المواد المدنية – للمستشار / عبد المنعم دسوقي – جـ١ – المجلد الثاني – ١٩٩٤ – ص ٢١٤٣ : ٢١٤٥ .

المبيع وأوصافه الأساسية بياناً، يُمكن من تعرفه ".

وقد استقر الرأي في الفقه المصري على أن المشرع لم يكتف بتعيين المبيع، بل تطلب فوق ذلك العلم به(١٢١).

وهـذا الـرأي جدير بالتأييد لأنه : ١- يحتفظ لنص المادة / ٤١٩ بفائدتـه وجدواه، ذلك لأنه إذا قيل أن المشرع قد استغنى عن العلم بالمبيع بتعيينه وفقاً لما تقتضيه القواعد العامة فـي تعيين محل الالتزام، ما كان لنص المادة /٤١٩ من فائدة، إذ يصبح مجرد تكرار لا طائل منه، ويجب تنزيه المشرع عن الوقوع في هذا التكرار.

٢- يجعل الجزاء على عدم العلم بالمبيع القابلية للإبطال أو البطلان النسبي، فـي حين أن جزاء عدم تعيين محل الالتزام هو البطلان المطلق(١٢٢).

ومـن ثـم، نرى مع الراجح في الفقه، أن شرط العلم بالمبيع مستقل عن أحكام تعيين محل الالتزام.

<u>(ب) هل تغني القواعد المتعلقة بالغلط عن شروط العلم بالمبيع ؟</u>

انقسم الفقه إلى فريقين بصدد الإجابة على هذا السؤال، فذهب

---

(١٢١) انظر : نقض مدني : ١٩٣٩/٦/٨ - سالف الذكر.

(١٢٢) مـن هذا الرأي : د/ خميس خضر : ص ٥٩، د/ توفيق فرج : عقد البيع والمقايضة - ١٩٨٥ - ص ١٠٧، د/ جابر محجوب : ص ١٢٢.

فريق من الفقهاء إلى أن أحكام العلم بالمبيع تعد تطبيقاً لأحكام الغلط ولا تـتعارض معهـا، لأن العلم الكافي الذي تستلزمه المادة / ٤١٩ مدنـي، هـو الذي يحول دون وقوع المشتري في الغلط، أما البائع فعلمه بالمبيع مفترض، وبالتالي فقد أوجد المشرع قرينة قانونية على وقوع المشتري في الغلط في حالة عدم علمه بالمبيع ، وهـي قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات [١٢٣].

فـي حين ذهب فريق آخر إلى أن أحكام العلم بالمبيع تختلف عـن أحكـام الغلـط العائب للإرادة، لأن نص المادة / ٤١٩ يعطي للمـشتري الحـق في طلب الإبطال ولو لم يكن هناك غلط في صفة جوهرية أو غير جوهرية، وليس على المشتري أن يثبت وقوعه في الغلـط ولا أن يثبت أن المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه[١٢٤].

ومـن جانبنا نؤيد الأخذ بالرأي الثاني، ذلك لأن أحكام العلم بالمبـيع تخـتلف في الحقيقة عن أحكام الغلط وإن تشابها في وحدة الغايـة والجـزاء إذ يكفي للإبطال بسبب عدم العلم بالمبيع أن يثبت

---

(١٢٣) في هذا المعنى : د/ جابر محجوب : ص ١٢٢، ص ١٢٣ .

(١٢٤) من هذا الرأي : د/ جميل الشرقاوي : ص ٤٨، ص ٤٩، د/ أنور سلطان، د/ جلال العدوي : العقود المسماة – عقد البيع – ١٩٦٦ – ص ٧٦ .

المـــشتري أنـــه لـــم يعلم بالمبيع بأي طريق من الطرق الثلاثة التي حـــددها القانـــون، فمجرد عدم العلم يخول المشتري الحق في طلب الإبطـــال حتى ولو لم يقع في غلط، ودونما نظر إلى شروط وأحكام الغلط[١٢٥] .

ومـــن ناحية أخرى، فإنه إذا علم المشتري بالمبيع على النحو السابق، فلا يكون له الحق في الإبطال لعدم العلم، ومع ذلك يكون له الحق في طلب الإبطال على أساس الغلط متى توافرت شروطه .

ومـــن ثـــم، فـــإن المـــادة / ٤١٩ مدني تورد حكماً خاصاً، وتعـــرض لحالة خاصة من حالات البطلان النسبي، فهي مستقلة عن أحكام الغلط[١٢٦].

---

(١٢٥) من هذا الرأي : د/ عبد المنعم البدراوي : عقد البيع في القانون المدني – ١٩٦١ – السابق – بند ٨١، د/ توفيق فرج : ص ١١٠، د/ خميس خضر : ص ٦٠، د/ جابـر محجـوب : ص ١٢٤، د/ محمد السعيد رشدي : موجز أحكام عقد البيع – ط ٢٠٠٠ – ص ٤٦.

(١٢٦) د/ جابر محجوب : ص ١٢٤ ، ص ١٢٥ .

الفرع الثالث

" صور خاصة للتراضي على البيع

هناك بعض الصور التي يتم فيها التراضي على البيع مع اقتران التراضي بوصف معين، فيسمى " التراضي الموصوف " . فعقد البيع مثل غيره من العقود قد يقترن بأوصاف معينة، فيكون معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل، وقد يكون متعدد المحل بأن يكون بيعاً مع خيار التعيين أو بيعاً مع التزام بدلي كالبيع بالعربون .

وأحكام القواعد العامة في أوصاف الالتزام، والصور الخاصة للتراضي في نظرية العقد بصفة عامة تطبق على الأوصاف السابقة، وبالتالي لا نعرض لها في هذا المجال(١٢٧).

ولكن ندرس بعض صور التراضي على البيع، ونقتصر على دراسة البيع بالعينة، والبيع بشرط التجربة، والبيع بشرط المذاق، وذلك كما يلي :

---

(١٢٧) د/ جابر محجوب : ص ١٢٤ ، ص ١٢٥ .

الغصن الأول

" البيـــع بالعينــــة "

وفقـــاً لنص المادة ٤٢٠ من القانون المدني، فإنه : " ١- إذا كـــان البـــيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها . ٢- وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، كان على المـــتعاقد بائعـــاً أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق".

ومـــن خـــلال هذا النص نوضح مفهوم البيع بالعينة وحكمه، وطبيعته القانونية، والحكم الخاص بتبعة هلاك العينة، كالتالي :

أولاً : مفهوم البيع بالعينة وحكمه :

البـــيع بالعيـــنة هـــو بـــيع يتم على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان، بحيث يجب أن يكون المبيع كله مطابقاً لهذا النموذج .

والعيـــنة هي قدر معين من المبيع يمكن فصله عنه وعرضه علـــى المـــشتري ليـــتمكن – من خلال رؤيته ومعاينته – من العلم بالمبـــيع، وبالتالـــي تعـــد العينة وسيلة لتعيين المبيع والعلم به علماً كافـــياً،مما يغنـــي عن وصفه أو رؤيته كله، ولهذا فقد أورد المشرع الـــنص الخـــاص بالبـــيع بالعينة عقب النص المتعلق بالعلم بالمبيع

مباشرة، نظراً لما بين المسألتين من اتصال وثيق، فالبيع بالعينة أحد تطبيقات وجوب العلم بالمبيع [١٢٨].

ومتى تم البيع بالعينة، وجب على البائع أن يسلم المشتري شيئاً مطابقاً للعينة المتفق عليها، إذ العينة هي المبيع ذاته في صورة مصغرة .

ومجال البيع بالعينة عادة هو الأشياء المثلية كالحبوب والأقمشة والأقطان والنباتات الطبية والأجهزة الكهربائية .

وإذا لم يسلم البائع أشياءً مطابقة للعينة، فإن للمشتري – على عكس الحكم الخاص بالتمسك بالإبطال لعدم العلم الكافي بالمبيع – أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني لالتزامه، أي تسليمه شيئاً مطابقاً للعينة المتفق عليها، وإلا كان للمشتري الحق في المطالبة بفسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى، كما يجوز للمشتري أن يقبل المبيع غير المطابق بحالته التي هو عليها مع مطالبة البائع بإنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع غير المطابق أقل من قيمة المبيع المطابق

---

(١٢٨) انظر في أوصاف الالتزام : أستاذنا الدكتور / سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني – جـ٢ – المجلد الرابع – أحكام الالتزام – الطبعة الثانية – تنقيح الدكتور / حبيب إبراهيم الخليلي – القاهرة – ١٩٩٢ – ص ٤٩١ وما بعدها، وفي بعض الصور الخاصة للتراضي على التعاقد راجع : د/ مصطفى عبد الجواد : مصادر الالتزام – السابق – ص ٣٠٥ وما يليها .

للعينة[١٢٩].

أمـــا إذا كان المبيع مطابقاً للعينة فلا يجوز للمشتري رفضه ولو وجده غير ملائم لحاجته، إذ أن البائع يكون قد أوفى بالتزامه في هــذه الحالـــة، ولا يكون من حق المشتري رفض المبيع لاعتبارات خاصـــة بـــه ولـــيس لاعتـــبارات موضوعية متصلة بالشيء المبيع ذاته[١٣٠].

ونرى أنه يجوز للبائع في الحالة الأخيرة أن يطالب المشتري بالـــتعويض عـــن عدم إتمام العقد، إذا رفض هذا الأخير المبيع رغم مطابقـــته للعيـــنة، وذلك لأن هذا الرفض يشكل تعسفاً من المشتري، فيـــسأل عن تعويض البائع على هذا الأساس ويدخل في التعويض ما فـــات الـــبائع من كسب وما لحقه من خسارة بسبب رفض المشتري للمبيع .

وإذا أثيـــر خـــلاف بين البائع والمشتري حول مطابقة المبيع للعيـــنة، فإنه يقع على عاتق البائع عبء إثبات مطابقة المبيع للعينة، ويجـــوز لـــه – وكـــذا للمشتري – الاستعانة بخبير في هذه الحالة، ويخـــضع رأي الخبيـــر لتقديـــر القاضي بوصفه الخبير الأعلى في

---

(١٢٩) د/ حمدي عطيفي : ص ٦٠ ، د/ أحمد سعد : ص ٩٥ .

(١٣٠) د/ حمدي عطيفي : ص ٦٠ ، ص ٦١ .

الدعوى، فرأى الخبير غير ملزم للقاضي[١٣١].

ثانياً : الطبيعة القانونية للبيع بالعينة :

هـل البـيع بالعيـنة بيعاً باتاً أم أنه بيع معلق على شرط هو مطابقة المبيع للعينة ؟

ذهـب رأي في الفقه المصري إلى أن البيع بالعينة قد يكون بـيعاً معلقـاً على شرط فاسخ، وذلك إذا اتفق البائع والمشتري على جعـل مطابقة المبيع للعينة شرطاً بالمعنى الصحيح، وفي هذه الحالة لا تكون وظيفة العينة مجرد تعيين أوصاف المبيع، وإنما تعد مطابقة المبيع للعينة شرطاً يتوقف عليه مصير العقد، أي أن المشتري يعلق التـزامه النهائـي علـى كـون المبيع مطابقاً للعينة، والأقرب إلى الاحـتمال أن يكون هذا الشرط فاسخاً بمعنى أن المشتري يلتزم منذ الـبداية ولكـن مـع اشتراط زوال العقد إذا تبين عدم مطابقة المبيع للعينة[١٣٢].

---

(١٣١) د/ حمدي عطيفي : ص ٦١.

(١٣٢) وإن كـان القاضـي مـضطراً فـي الواقع العملي للأخذ برأي الخبير، إذ الفـرض أن الخبـرة لا تكون إلا في المسائل الفنية التي تخرج عن علم وتخـصص القاضي،راجع في ذلك : د/ مصطفى عبد الجواد : المسئولية المدنـية للخبيـر الـقضائي – دراسـة مقارنة – دار النهضة العربية – القاهرة ، ١٩٩٨، ص .

ويضيف هذا الرأي، أن تفسير البيع بالعينة على أنه بيع معلق على شرط فاسخ على النحو السابق، يجعله متصلاً بخيار الرؤية (أو بشرط العلم بالمبيع) ذلك لأن المشتري لا يقرن قبوله بهذا الشرط إلا بسبب عدم رؤيته للمبيع المعين بذاته وعدم علمه به علماً كافياً، غير أن هذا لا ينفي أن هناك اختلافاً بينهما في الجزاء ومدى سلطة المشتري في الإبقاء على العقد أو إزالته، فجزاء عدم العلم هو القابلية للابطال ولا ترد قيود على حق المشتري في التمسك به، أما في البيع بالعينة، فإن عدم مطابقة المبيع للعينة يؤدي إلى زوال العقد نتيجة لتحقق شرط فاسخ، كما أن تحقق هذا الشرط يخضع للتقدير الموضوعي وليس للتقدير الشخصي للمشتري، إذ يراقب القضاء مدى مطابقة المبيع للعينة للحكم بفسخ البيع أو عدم فسخه، وله أن يستعين في ذلك بأهل الخبرة(١٣٣).

في حين يذهب الرأي الراجح في الفقه المصري إلى أن المبيع بالعينة هو بيع بات من وقت الاتفاق على النموذج أو العينة التي تم البيع على أساسها،ومن ثم فليس للعينة من وظيفة سوى تعيين المبيع، فالبائع يلتزم فقط بتسليم شيء مطابق للعينة المتفق عليها، ومطابقة المبيع للعينة ليست شرطاً واقفاً أو فاسخاً يعلق عليه

---

(١٣٣) ذهب إلى هذا الرأي أستاذنا الدكتور / جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٦٨.

قـيام العقـد أو ترتيب آثاره، وإنما هو مجرد بند في عقد يتم بمجرد الاتفاق على العينة بين البائع والمشتري، وهذا البند يلزم البائع بتسليم شـيء مطابـق للعيـنة، ويترتب على الإخلال به، ما يترتب على الإخلال بأي التزام من جواز المطالبة بالفسخ والتعويض(١٣٤).

وواضـح مـا بـين الرأيين السابقين من اختلاف رغم أنهما يـتفقان على أن العقد ينعقد بمجرد الاتفاق على العينة، إلا أن طبيعة العقـد تكـون مختلفة، ففي حين يكون بيعاً معلقاً على شرط ويتوقف مصيره على تحقق هذا الشرط أو عدم تحققه وفقاً للرأي الأول، فإنه يكون بيعاً باتاً من وقت الاتفاق على العينة وفقاً للرأي الثاني . أيضاً يخـتلف الأثر المترتب على عدم مطابقة المبيع للعينة، فعلى حين لا يـؤدي ذلك إلى انهيار العقد وفقاً للرأي الثاني وإنما إلى ثبوت حق المشتري في مطالبة البائع بالتنفيذ العيني لالتزامه، أي مطالبة البائع بتـسليم شيء مطابق للعينة، وإلا كان من حق المشتري طلب فسخ العقـد مـع التعويض إن كان له مبرر . نجد أن عدم مطابقة المبيع للعيـنة يؤدي إلى انهيار العقد بأثر رجعي لتحقق الشرط الفاسخ وفقاً للرأي الأول .

---

(١٣٤) د/ جميل الشرقاوي : ص ٦٨، ص ٦٩.

وفـــي رأينا أن البيع بالعينة هو بيع بات، ووظيفة العينة هي فقــط تعيـــين المبيع بتحديد أوصافه وخصائصه، ولا يجوز الخروج علـــى هذا الأصل إلا إذا كان هناك اتفاقاً صريحاً – وليس ضمنياً – بـــين الـــبائع والمشتري يقضي بتعليق التزام هذا الأخير بالبيع على ثبوت مطابقة المبيع للعينة (١٣٥).

<u>ثالثاً : تبعة هلاك العينـــة :</u>

يحـــتفظ المشتري عادة بالعينة، ولكن ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على حفظها لدى البائع .

وإذا تلفت العينة أو هلكت ولو بغير خطأ من جانب من يتولى حفظها،وقـــام خـــلاف علـــى مطابقة المبيع لها، كان على من يتولى حفظهـــا عبء إثبات مطابقة أو عدم مطابقة المبيع للعينة . فإذا كان المـــشتري هـــو الذي يتولى حفظ العينة كان عليه إثبات عدم مطابقة المبـــيع للعينة، وإن كان البائع هو الذي يتولى حفظ العينة كان عليه عبء إثبات المطابقة، فإن لم ينجح أيهما في إثبات ما يكلف به، كان

---

(١٣٥) مـــن هـــذا الـــرأي : د/ البدراوي : المرجع السابق – بند ٤٠، د/ حمدي عطيفي : ص ٦١، د/ أحمد سعد : ص ٩٦ .

ادعـــاء الآخر صحيحاً[١٣٦]. وقد نصت المادة ٤٢٠ / ٢ مدني على ذلك.

ويجـــوز في الحالتين الاستعانة برأي الخبراء، إذ الأمر يتعلق بمسألة موضوعية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات[١٣٧].

الغصـــن الثانـــي

" البيع بشرط التجربة "

تعـــرض المشرع المصري للبيع بشرط التجربة وبين أحكامه في نص وحيد هو نص المادة / ٤٢١ من القانون المدني والتي تنص على ما يلي :

" ١- فـــي البـــيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفـــضه،وعلى الـــبائع أن يمكنه من التجربة . فإذا رفض المشتري

---

(١٣٦) من هذا الرأي : د/ جابر محجوب : ص ٧٥ .

- والـــرأي الـــذي يـــذهب إلى أن البيع بالعينة معلق على شرط فاسخ في حالة الاتفاق على جعل مطابقة المبيع للعينة شرطاً بالمعنى الصحيح، وهو رأي أســـتاذنا الدكتور / جميل الشرقاوي، وإن كان يأخذ بما نقول به، إلا أنه يصح في نظره أن يكون الاتفاق على جعل مطابقة المبيع للعينة شرطاً لتـــرتيب آثار البيع، ضمنياً بين البائع والمشتري، إلا أننا نرى وجوب أن يكون هذا الاتفاق صريحاً .

(١٣٧) د/ جميل الشرقاوي : ص ٦٩ .

المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً.

٢- ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ" .

وفي ضوء هذا النص نوضح المقصود بهذا البيع ومجاله وأحكامه ثم طبيعته القانونية، كالتالي :

أولاً : ماهية البيع بشرط التجربة ومجاله :

البيع بشرط التجربة هو ذلك النوع من البيع الذي يحتفظ فيه المشتري لنفسه بحق تجربة المبيع قبل أن يقدم نهائياً على شرائه .

ويلجأ المشتري إلى تعليق رضائه النهائي على مثل هذا الشرط، إما لمجرد التأكد من صلاحية الشيء للغرض المعد له، أو للتأكد من توافر خصائص معينة في المبيع، أو للتأكد من ملاءمة الشيء لغرض المشتري الشخصي(١٣٨).

---

(١٣٨) د/ أحمد سعد : ص ٩٦ . ووفقاً للقانون السويسري يصدق قول من بيده العينة حتى يثبت خصمه العكس .

وقـــد يرد التراضي على شرط التجربة في اتفاق صريح على ذلـــك بين البائع والمشتري، وقد يستخلص شرط التجربة ضمناً من العـــادات أو مـــن طبـــيعة الشيء نفسه أو من الظروف التي تحيط بالـــتعامل، كمـــا فـــي شـــراء الملابـــس الجاهـــزة للاســـتعمال الشخصي،وشراء السيارات المستعملة[١٣٩]. إلا إذا تبين من ظروف التعاقد أن المتعاقدين قد استبعدا هذا الشرط .

ومجـــال البـــيع بشرط التجربة في الغالب هو بيع المنقولات، ولكـــن يتصور حدوثه أيضاً في بيوع العقارات، وإن كان ذلك نادراً فـــي الحقيقة[١٤٠]. ويكون البيع بشرط التجربة عادة بالنسبة للأشياء التي يصعب أو يستحيل التأكد من صلاحيتها للغرض المقصود منها قبل تجربتها .

ويحقـــق البـــيع بشرط التجربة فائدة للمشتري تتمثل في عدم إلزام نفسه بشراء المبيع بصفة نهائية حتى يقوم بتجربته والتحقق من ملاءمـــة المبـــيع للغـــرض الذي يبتغيه المشتري شخصياً من وراء شرائه أو للغرض المقصود من المبيع بصفة عامة . فشرط التجربة لا يقصد منه على الدوام العلم بالمبيع، وإنما التحقق من مدى ملاءمة المبـــيع لحاجـــة المـــشتري الشخصية، أو للغرض الذي خصص له

---

(١٣٩) د/ شكري سرور : ص ١٤٤ .
(١٤٠) نفس الإشارة .

المبيع [١٤١].

ويستفاد من نص المادة ١/٤٢١ مدني أن شرط التجربة يكون دائماً لمصلحة المشتري وليس لمصلحة البائع .

ثانياً : أحكام البيع بشرط التجربـــة :

نـــتحدث عـــن كيفـــية التجـــربة، ثم عن مدة التجربة وسلطة المشتري في قبول أو رفض المبيع، كالتالي :

١ - كيفية التجربة :

يجـــري المـــشتري التجربة بنفسه في العادة، لاسيما إذا كان القـــصد مـــنها الاستيثاق من مناسبة المبيع لحاجته، وعلى البائع أن يمكن المشتري من تجربة المبيع، بأن يسلمه إياه، أو يهيئ له معاينته أو اســـتعماله، أو يـــسلم له مفاتيح الشيء المبيع، إلى غير ذلك من الوســـائل والتـــي تختلف باختلاف طبيعة الشيء المبيع، وفقاً للعرف السائد .

ويجـــوز للمـــشتري أن يستعين في التجربة برأي صديق أو خبيـــر أو برأي شخص آخر أكثر منه خبرة[١٤٢]. ولا يشترط أن تتم التجربة بحضور البائع .

---

(١٤١) د/ السنهوري : ص ١١٢ .
(١٤٢) د/ شكري سرور : ص ١٤٥ .

وإذا أخـل البائع بالتزامه بتمكين المشتري من تجربة المبيع، كـان للمشتري الحق في طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ بحسب الأحوال . مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى وفقاً للقواعد العامة .

وإذا مـات المشتري قبل التجربة، فإن حقه ينتقل إلى ورثته وفقاً لما يراه بعض الفقهاء(١٤٣).

٢- مدة التجربة وسلطة المشتري في قبول أو رفض المبيع :

الأصـل أن يتم الاتفاق بين البائع والمشتري على تحديد مدة معينة يقوم المشتري خلالها بتجربة المبيع، فإذا لم تُحدد مدة التجربة، جـاز للـبائع أن يقوم بتحديد مدة معقولة تتم خلالها التجربة (مادة ٤٢١ / ١ مدني) .

ويلاحظ أن المشرع المصري قد ترك للبائع وحده تحديد المدة المعقـولة للتجـربة، وهذا محل نظر، لأنه كان يجب أن يترك أمر تحديـد المـدة المعقولة للقضاء عند المنازعة، لا أن يكون تحديدها رهناً بمشيئة البائع وحده، إن شاء قصر المدة، وإن شاء أطالها، وفقاً لمـا يـراه هـو معقولاً . ومن ثم نرى مع البعض أن تحديد المدة المعقولة يخضع لرقابة القضاء(١٤٤).

---

(١٤٣) د/ حمدي عطيفي : ص ٦٤ .
(١٤٤) د/ السنهوري : ص ١١٣، د/ شكري سرور : ص ١٥٠.

وإذا لـــم يتمكن المشتري من تجربة المبيع في المدة المحددة لـــسبب أجنبـــي لا يـــد لـــه فيه، فإن البائع يكون له الخيار في منح المـــشتري مهلـــة أخـــرى لتجربة المبيع، أو فسخ البيع والتحلل من التـــزاماته، وللمشتري أن يتفادى الفسخ إذا هو قبل المبيع بالرغم من عدم تمكنه من تجربته[١٤٥].

وللمـــشتري وفقاً لنص المادة ١/٤٢١ مدني أن يقبل المبيع أو يرفضه، فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، أو المدة المعقولة التي يحددها البائع[١٤٦].

وإذا قـــبل المشتري المبيع خلال مدة التجربة، اعتبر البيع باتاً مـــن وقت إعلان القبول،وإذا رفضه يعد البيع كأن لم يكن من وقت إعلان الرفض[١٤٧].

أمـــا إذا انقضت المدة وسكت المشتري عن القبول أو الرفض مـــع تمكـــنه من تجربة المبيع، فإن سكوته يعد قبولاً (مادة ١/٤٢٠ مدني) . ذلك أن التجربة شرط علق عليه البيع، وقد جعله المشتري بامتناعه عن التجربة أو بامتناعه عن إعلان نتيجتها مستحيلاً، فيعتبر

---

(١٤٥) انظر المراجع المشار إليها لدى د/ السنهوري : هامش ٣ – ص ١١٣.
(١٤٦) د/ السنهوري : ص ١١٤، د/ جميل الشرقاوي ص ٦٤.
(١٤٧) د/ السنهوري : هامش ٤ – ص ١١٣.

الشرط قد تحقق إذا كان واقفاً، ويعتبر قد تخلف إذا كان فاسخاً[١٤٨].

ولكن هل يتمتع المشتري بحرية مطلقة في قبول المبيع أو رفضه بعد التجربة ؟

يفرق الفقه بين حالتين[١٤٩] :

الأولى : إذا كانت التجربة مقصوداً بها تعليق البيع على مشيئة المشتري بعد التجربة،وذلك بأن يكون المشتري من ذوي الأمزجة الشخصية الخاصة ويرغب عن طريق تعليق البيع على هذا الشرط التأكد من أن المبيع سيناسبه شخصياً، أو أن يكون الشيء المبيع من الأشياء التي يتفاوت فيها التقدير تفاوتاً شاسعاً ما بين شخص وآخر، كالتحف الفنية، وخيول السباق، ففي هذه الحالة تكون سلطة المشتري في قبول المبيع أو رفضه مطلقة لا معقب عليها .

والحالة الثانية : إذا كان الطرفان قد قصدا تعليق البيع على مجرد نجاح التجربة في التدليل على صلاحية المبيع للغرض الذي يبتغي عادة من مثله، فلا يكون للمشتري رفض المبيع إلا بعد أن يبين وجه عدم صلاحيته، وكلمته في هذا الشأن ليست نهائية، إذ يجوز للبائع أن يلجأ إلى المحكمة لتعيين خبير يعقب على رفض المشتري للمبيع

---

(١٤٨) مادة ٤٢١/١ مدني .

(١٤٩) د/ جميل الشرقاوي : ص ٦٤.

وذلــك ببــيان الــرأي الفنـــي في مدى صلاحية المبيع للأغراض المقصودة منه .

ويلاحظ أن المشرع المصري يغلب الاحتمال الأول،وذلك في حالـــة عـــدم وضـــوح قـــصد المتعاقدين من تعليق البيع على شرط التجـــربة، يؤكد ذلك ما ورد بالمذكرة الإيضاحية تعليقاً على المادة / ٤٢١، إذ جـــاء فـــيها : " ..... فإن المفروض أن يكون المبيع من الأشـــياء التي يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية، فهو وحـــده الـــذي يستطيع أن يقرر ذلك "[١٥٠] . وذلك بعكس الحال في فرنـــسا، حيث يستقر الفقه والقضاء على تغليب الاحتمال الثاني في حالـــة عدم تبين قصد المتعاقدين من تعليق البيع على تجربة المبيع، ومـــن ثـــم يكـــون على المشتري أن يوضح سبب رفضه للمبيع بعد تجربته، وتخضع هذه الأسباب لرقابة القضاء[١٥١] .

ويـــبدو أن مـــا أخـــذ بـــه المشرع المصري هو الأقرب إلى الـــصواب، ذلك لأن محل التجربة في الغالب أشياء يبتغي المشتري مـــن تجـــربتها ملاءمـــتها لأغراضه الشخصية، فوجب أن تكون له الكلمة الأولى والأخيرة في القبول أو الرفض إذا ما وجد أن المبيع لا

---

(١٥٠) د/ السنهوري : ص ١١٤.
(١٥١) د/ شـكري سـرور : ص ١٥١ وما بعدها ، د/ حمدي عطيفي : ص ٦٦ ص٦٧.

يحقق له ما يبتغيه شخصياً من شراء الشيء المبيع .

ثالثاً : الطبيعة القانونية للبيع بشرط التجربة :

نصت المادة ٢/٤٢١ من القانون المدني على أن " يعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع، إلا إذا تبين من الاتفاق أومن الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ " .

ومن ثم، فالأصل هو أن البيع بشرط التجربة يكون معلقاً على شرط واقف، ولكن قد يكون معلقاً على شرط فاسخ، وذلك على النحو التالي :

(١) الأصل أن البيع بشرط التجربة يكون معلقاً على شرط واقف :

من المعلوم أن الشرط الواقف هو ذلك الشرط الذي يترتب على تحققه تأكيد نشوء الالتزام، في حين يترتب على تخلفه زوال الالتزام بأثر رجعي .

وقد اعتبر المشرع المصري أن البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف من حيث الأصل، ألا وهو قبول المشتري للمبيع، ورغم أن هذا الشرط شرطاً إرادياً، إلا أنه يكون صحيحاً، ذلك لأن المشتري هو الدائن في هذا الشرط،والشرط الإرادي الذي يؤدي إلى بطلان العقد هو الشرط الذي يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة المدين (الملتزم) .

وإذا تحقـق الـشرط الواقف وهو قبول المشتري المبيع بعد تجـربته بإعلانــه هــذا القبول إلى البائع في الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول الذي حدده البائع على النحو السابق، أصبحت ملكية المـشتري للمبـيع ملكـية باتــة بأثــر رجعي من وقت إبرام عقد البيع[١٥٢].

أمــا إذا تخلـف الـشرط، بـأن رفض المشتري المبيع، أو استحالت التجربة (بهلاك المبيع مثلاً)، اعتبر البيع كأن لم يكن، أي كــأن لــم ينعقد أصلاً[١٥٣] . مع ملاحظة أن الشرط يعتبر قد تحقق حكمــاً، إذا كــان المشتري قد امتنع عن القيام بالتجربة رغم تمكين الــبائع لــه مــن ذلك، فتسبب بخطئه على هذا النحو في منع تحقق الــشرط، ولـلــبائع فــي هذه الحالة أن يستصدر حكماً باعتبار البيع نهائياً[١٥٤].

---

(١٥٢) مجموعة الأعمال التحضيرية : جـ٤ – ص ٢٦.

(١٥٣) د/ جميل الشرقاوي ص ٦٥..

(١٥٤) د/ شكري سرور : ص ١٤٦

– ولا يعـد التراضي في حالة البيع بشرط التجربة مجرد وعد بالبيع، ذلك لأن البيع المشروط (بشرط التجربة) هو بيع موجود التزم فيه المشتري بالشراء كما التزم البائع بالبيع، إذا تحقق شرط التجربة، أي أن آثار البيع علقت على شرط التجربة (د/ شكري سرور : ص ١٤٦، ص ١٤٧) .

ويتـــرتب على تحقق الشرط الواقف، زوال ملكية البائع بأثر رجعـــي، وزوال كافـــة الحقوق العينية التي رتبها البائع على المبيع خـــلال فتـــرة التجـــربة وحتـــى إعـــلان المشتري رغبته في قبول المبيع(١٥٥).

أما في حالة تخلف الشرط وزوال البيع بأثر رجعي واعتباره كأن لم يكن، يرى البعض أن الحقوق العينية التي يكون المشتري قد رتبها على الشيء المبيع قبل تخلف الشرط تزول ولا تسري في حق البائع الذي أصبحت ملكيته باتة منذ البداية (١٥٦).

غيـــر أننا نرى أنه في الحالة الأخيرة فإن المشتري يكون قد قـــبل المبـــيع ضـــمنياً من خلال ترتيب بعض الحقوق العينية عليه، وبالتالـــي لا يجوز له رفض المبيع بعد التجربة، وتخلص له الملكية وبالتالي تظل هذه الحقوق سارية في حقه .

ويرى الفقه أن تبعة هلاك الشيء المبيع بسبب أجنبي وهو لا يـــزال تحت التجربة وقبل معرفة مصير الشرط الواقف، تكون على البائع، ذلك لأن البائع هو المالك للمبيع أثناء الهلاك، ولا يحتج على ذلـــك بـــأن تـــبعة الهـــلاك تكون على المشتري لأنه قد تسلم المبيع

---

(١٥٥) د/ جميل الشرقاوي ص ٦٤، د/ السنهوري – ص ١١٥.
(١٥٦) د/ السنهوري – ص ١١٥.

لتجربته، والقاعدة العامة تقضي بأن تبعة الهلاك ترتبط بالتسليم(١٥٧)، ذلك لأن هذه القاعدة الأخيرة لا تطبق إلا على البيع البات، ولا تطبق على البيع المعلق على شرط كما هو الحال في البيع بشرط التجربة(١٥٨) . وهذا الحكم (تبعة الهلاك على البائع) تمليه كذلك النية المفترضة للطرفين، إذ ليس من المتصور أن تكون لدى المشتري نية تحمل تبعة شيء لم يصبح مالكاً له بصفة نهائية، وكان من المحتمل أن يرفضه بعد تجربته لو لم يهلك (١٥٩).

وينتقد بعض الفقهاء اعتبار المشتري مالكاً منذ إبرام العقد وفقاً لتحقق الشرط الواقف، إذ يرى هؤلاء الفقهاء أن هذه النتيجة لا تتفق مع ما جعله المشرع نفسه للمشتري من حرية قبول المبيع أو رفضه بعد تجربته، وكان من الأفضل إعطاء البيع بشرط التجربة

---

(١٥٧) د/ شكري سرور : ص ١٤٨ والمراجع المذكورة بهامش ٥ ، ٦ .

(١٥٨) د/ السنهوري – ص ١١٥ :

– مع ملاحظة أن الإيجار الصادر من البائع الذي زالت ملكيته بأثر رجعي، يبقى نافذاً في حق المشتري إذا كان لهذا الإيجار تاريخ ثابت سابق على تحقق الشرط الواقف، وأن يكون المستأجر حسن النية (انظر في الإيجار الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي، د/ مصطفى عبد الجواد، د/ جمال عبد الرحمن : عقد الإيجار في القانون المدني المصري – دار النهضة العربية – بني سويف – ٢٠٠٥/٢٠٠٦ – ص٤٣ وما بعدها .

(١٥٩) د/ السنهوري – ص ١١٥.

نفس الحكم الذي جعله المشرع للبيع بشرط المذاق – على ما سيأتي – وهـو ألا يعتبـر العقد قد انعقد إلا من يوم إعلان المشتري قبوله المبيع بعد تجربته[١٦٠].

(٢) قد يكون البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط فاسخ :

بعـد أن اعتبر المشرع المصري أن الأصل هو اعتبار البيع بـشرط التجـربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المشتري للمبيع، أوردت نفس الفقرة الثانية من المادة / ٤٢١ مدني ما يلي : " إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ " .

ومـن ثـم، فقد يتبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع بشرط التجـربة معلقـاً على شرط فاسخ هو رفض المشتري للمبيع، وهذا الاتفـاق قـد يكـون صـريحاً، كما قد يكون ضمنياً يستخلص من الظروف وملابسات التعاقد .

وفي حالة البيع بشرط التجربة كشرط فاسخ، يصبح المشتري مالكـاً للمبـيع منذ التعاقد، غير أن ملكيته تكون مهددة بالزوال إذا تحقق الشرط الفاسخ والمتمثل في رفض شراء المبيع بعد تجربته من قـبل المشتري – بينما يصبح البائع مالكاً للمبيع تحت شرط واقف، هـو أيـضاً رفـض المـشتري قـبول المبـيع وإعلان البائع بهذا

---

(١٦٠) د/ السنهوري – ص ١١٥ .، د/ شكري سرور : ص ١٤٧ .

الرفض [١٦١].

فإذا تحقق الشرط الفاسخ انفسخ البيع بأثر رجعي، واعتبر أن المشتري لم يملك المبيع، والبائع كأنه هو المالك منذ البداية، أما إذا تخلف الشرط حقيقة أو حكماً بأن أعلن المشتري قبوله للمبيع، أو سكت عن إبداء رأيه بالقبول أو الرفض رغم تمكين البائع له من تجربة المبيع، ففي هذه الحالة يعد البيع باتاً ويعتبر المشتري مالكاً للمبيع ملكية تامة من وقت التعاقد، وتزول ملكية البائع بأثر رجعي[١٦٢].

وإذا هلك الشيء في يد المشتري بسبب أجنبي لا يد له فيه، أثناء فترة التجربة وقبل إعلان المشتري رأيه للبائع، ففي هذه الحالة يتحمل المشتري تبعة الهلاك بوصفه مالكاً، وذلك حتى لو تحقق الشرط، إذ ليس لتحققه أثر رجعي في هذه الحالة وفقاً للمادة ٢/٢٧٠ من القانون المدني[١٦٣].

---

(١٦١) د/ السنهوري – ص ١١٥ : هامش ٢ – ص ١١٥، د/ حمدي عطيفي : ص ٦٩ .

(١٦٢) د/ توفيق فرج : ص ١٧٠، د/ شكري سرور : ص ١٤٧ .

(١٦٣) مشار إليه لدى د/ شكري سرور : المرجع السابق – ص ١٤٨، هامشي ١،٢ .

وفـــي حالـــة تحقـــق الشرط الفاسخ بإعلان المشتري رفضه للمبـــيع، تـــزول الحقـــوق العينية التي يكون المشتري قد رتبها على المبـــيع[١٦٤]، وتبقى تلك التي رتبها البائع قبل تحقق الشرط،والعكس صحيح تماماً في حالة تخلف الشرط .

الغصـــن الثالث

" البيع بشـــرط المذاق "

نـــصت المـــادة / ٤٢٢ من القانون المدني على البيع بشرط المـــذاق قائلة: " إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البـــيع إن شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفـــاق أو العـــرف، ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان " .

وعلى ضوء هذا النص نوضح ما يلي :

أولاً : تعريف بيع المذاق وأحكامه :

يتـــضح مـــن نص المادة / ٤٢٢ أن البيع بشرط المذاق يتم بالاتفـــاق علـــيه صراحة بين البائع والمشتري وقد يستفاد ضمناً من ظـــروف الـــتعاقد أو طبيعة الشيء المبيع، إذا كان من الأشياء التي جرت عادة الناس على ضرورة ذوقه قبل شرائه كالملابس . وتتمتع

(١٦٤) د/ أحمد سعد : ص ٩٤.

محكمـــة الموضوع بسلطة تقديرية في هذا الشأن . ومع ذلك قد يتفق المـــتعاقدان علــى استبعاد شرط المذاق حتى في الأشياء التي تحتاج إلــى ذلــك بطبيعتها، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من الظروف والملابسات، كأن يتم البيع بموجب عينة، إذ المفروض أن المشتري قــد ذاق العيــنة وأقــرها، وأن المبيع الذي يجيء وفق العينة يكون مقــبولاً من المشتري دون حاجة إلى ذوقه، وأن اختلاف المبيع عن العينة يكون محل تقدير الخبراء.

ويــتم المــذاق فـــي الــزمان والمكــان اللذين يتفق عليهما المــتعاقدان، فــإذا لم يكن هناك اتفاق على ذلك، يرجع إلى العرف الــسائد، وإلا ففـــي المكان الذي يتم فيه تسليم المبيع، ويسبق التسليم فوراً[١٦٥].

وإذا قــرر المشتري قبول المبيع بعد مذاقه، فلا بد وأن يعلن ذلــك للــبائع،وهذا القــبول قد يكون صريحاً وهو الغالب،وقد يكون ضمنياً يستفاد من تسلم المبيع أو من وضع المشتري ختمه أو علامة خاصة به على المبيع، إذ تدل مثل هذه الأمور على أن المشتري قد ارتضى المبيع بعد أن ذاقه[١٦٦].

---

(١٦٥) د/ السنهوري – ص ١١٦ .
(١٦٦) نفس الإشارة

وفي حالة قبول المشتري للمبيع، يجب عليه أن يعلن هذا القبول إلى البائع خلال المدة التي حددها الاتفاق أو العرف، ولا ينعقد البيع إلا من وقت هذا الإعلان(١٦٧). فليس للقبول أثر رجعي في هذه الحالة . وتظل بالتالي تبعة هلاك المبيع على البائع حتى يتم إعلان هذا القبول(١٦٨).

وإذا رفض المشتري المبيع بعد ذوقه، فهل يلتزم البائع أن يقدم بديلاً يرضي المشتري ؟

تتوقف الإجابة على هذا السؤال على قصد الطرفين من الاتفاق على البيع بشرط المذاق، فإذا تبين من ظروف التعاقد أن الطرفين لم يقصدا الاحتكام إلى ذوق المشتري الشخصي، ففي هذه الحالة لا يؤثر رفض المشتري للمبيع على قيام عقد البيع، ويلزم البائع بتقديم بديل آخر يقره أهل الخبرة(١٦٩).

أما إذا تبين من الاتفاق أن الأمر متروك لمحض مشيئة المشتري، وفقاً لذوقه الشخصي، فأنه يكون من غير المعقول، إذا

---

(١٦٧) غير أن أعمال الإدارة التي تصدر من المشتري تظل نافذة رغم تحقق الشرط الفاسخ، إعمالاً للمادة ٢/٢٦٩ مدني .

(١٦٨) د/ السنهوري – ص ١١٨، والمراجع المذكورة بهامش ١ .

(١٦٩) د/ السنهوري – ص ١١٨ .

رفض المشتري الشيء المبيع، إلزام البائع بأن يقدم له بديلاً عنه ليذوقه ويرفضه، وبديلاً آخر ليذوقه ويرفضه، إلى ما لا نهاية، ومن ثم يترتب على رفض المشتري للسلعة عدم انعقاد البيع، ولا يلتزم البائع بتقديم بديل للسلعة المرفوضة [١٧٠].

ثانياً : الطبيعة القانونية للبيع بشرط المذاق :

رغم أن المذاق ليس إلا نوعاً من التجربة لأشياء لا تعرف خصائصها إلا به، ومن ثم كان من المتصور إعطاء البيع بالمذاق والبيع بالتجربة نفس الحكم، إلا أن المشرع المصري لم ينهج هذا النهج، وإنما جعل للبيع بالمذاق حكماً مختلفاً [١٧١].

فالبيع بالمذاق ليس بيعاً معلقاً على شرط فاسخ، بل ولا على شرط واقف .

ويستقر الرأي في الفقه على أن البيع بالمذاق ليس بيعاً أصلاً، بل هو مجرد وعد بالبيع من جانب البائع،وهو ملزم للبائع إذا أبدى المشتري رغبته في قبول المبيع بعد ذوقه خلال المدة المحددة، أما المشتري فلا يلتزم بالشراء، وإنما له مطلق الحرية في قبول المبيع

---

(١٧٠) انظر : د/ السنهوري – ص ١١٩ . والمراجع المذكورة بهامش ١ .

(١٧١) نفس الإشارة .

أو رفـضه . وهـذا الوعد صحيح لتضمنه كل أركان البيع النهائي، ومـدة لإظهـار المـشتري قبوله الشراء خلالها إذا استساغ الشيء المبيع(١٧٢).

وقد أخذ المشرع المصري بهذا التكييف، ويبدو ذلك مما ورد بالمذكرة الإيضاحية تعليقاً على بيع المذاق : "يختلف بيع المذاق عن البـيع بـشرط التجـربة، لا في أن المشتري حر في القبول أو في الرفض في مدة يحددها الاتفاق أو العرف، فالاثنان حكمهما واحد في ذلك، ولكن في أن البيع لا يعتبر معلقاً على شرط واقف أو فاسخ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري للقبول دون أثر رجعي، فبيع المذاق قبل قبول المشتري، إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد"(١٧٣).

ويترتب على هذا التكييف النتائج التالية(١٧٤) :

١ - إذا أفلـس البائع قبل إعلان المشتري رغبته في قبول المبيع، ثم قبل المشتري المبيع، فإن هذا المبيع يدخل في تفليسة البائع ويشارك المشتري في ثمن هذا المال سائر دائني البائع .

---

(١٧٢) مادة ٤٢٢ مدني .

(١٧٣) د/ حمدي عطيفي : ص ٧٣ .

(١٧٤) د/ شكري سرور : ص ١٥٩ .

٢- إذا هلــك الــشيء المبيع قبل ذوقه،، هلك على البائع، أي أن هــذا الأخيــر يتحمل تبعة هلاك الشيء المبيع لأنه لا يزال مالكاً له .

٣- يقع الحجز على المبيع صحيحاً إذا تم من قبل دائن للبائع قبل قــبول المشتري للبيع، إذ وقع هذا الحجز على شيء مملوك للبائع،ويجوز الاحتجاج بالحجز على المشتري إذا قبل البيع .

٤- إذا مــضت المــدة المحــددة في الاتفاق أو العرف لإعلان المشتري قبوله، وسكت المشتري مع تمكنه من ذوق المبيع، فــإن البــيع لا ينعقد، ويسقط الوعد ويتحلل الواعد بالبيع من التزامه .

ثالثاً : أوجه التفرقة بين بيع المذاق والبيع بشرط التجربة :

ممــا ســبق يتضح أن هناك عدة نقاط يختلف فيها بيع المذاق عن البيع بشرط التجربة، وهي(١٧٥) :

١- من حيث الهــدف :

يهــدف المشتري في البيع بشرط المذاق إلى مجرد التأكد من ملاءمــة الشيء لذوقه، أما في البيع بشرط التجربة فإن المشتري قد يريد به التأكد من صلاحية الشيء في ذاته .

---

(١٧٥) د/ توفيق فرج : ص ١٧٨، د/ شكري سرور : ص ١٦٠ .

٢- من حيث مدى كفاية سكوت المشتري للتعبير عن القبول :

لا يكفي سكوت المشتري لإعلان قبوله بالبيع، إذا تعلق الأمر ببيع المذاق، بل لا بد من إعلان قبوله للبائع، أما في بيع التجربة فإن سكوت المشتري عن إعلان رأيه بعد التجربة يعد دليلاً على قبول المبيع .

٣- من حيث التكييف القانوني :

بيع المذاق مجرد وعد بالبيع، أما البيع بشرط التجربة فهو بيع تام معلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ .

٤- من حيث وقت المذاق أو التجربة :

المذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشتري المبيع، أما التجربة فتكون عادة بعد التسليم .

٥- من حيث سريان الحجز على المبيع في مواجهة المشتري :

إذا وقع دائن البائع حجزاً على المبيع قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق ينفذ الحجز في حق المشتري وفي بيع التجربة لا ينفذ .

٦ – من حيث مدى استئثار المشتري بثمن المبيع في حالة إفلاس البائع :

إذا أفلس البائع قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق لا يستأثر المشتري بالمبيع، بعكس الحال في بيع التجربة .

٧- من حيث تحمل تبعة هلاك المبيع :

يتحمل البائع وحدة تبعة هلاك الشيء المبيع إذا هلك الشيء قبل قبول المشتري، وذلك في بيع المذاق، أما تبعة هلاك الشيء في البيع بشرط التجربة فتكون على البائع إذا كان البيع معلقاً على شرط واقف، وتكون على المشتري إذا كانت التجربة شرطاً فاسخاً .

المطلب الثاني

" المحل في عقد البيع "

تقدم أن عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين، ومن ثم فهو ينشئ في ذمة البائع مجموعة من الالتزامات محلها هو المبيع، كما ينشئ في ذمة المشتري عدة التزامات محلها الرئيسي هو الثمن .

وعليه، فإن محل المبيع هو المبيع والثمن، ونعرض لكل منهما في فرع مستقل كالتالي :

الفرع الأول : المبيـــع .

الفرع الثاني : الثمـــن .

الفـــرع الأول

" المبيـــــع "

يجـــب أن يتوافر في الشيء المبيع الشروط الواجب توافرها فـــي محـــل الالتزام بوجه عام وهي الوجود والتعيين والمشروعية، ولكن هل يشترط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ؟

تعتبـــر الشروط الثلاثة الأولى من شروط انعقاد البيع المتعلقة بالمحـــل، بيـــنما يعتبـــر الشرط الرابع من شروط صحة ونفاذ البيع المتعلقة بالمحل أيضاً .

ونظـــراً لسبق دراسة الشروط الثلاثة الأولى عند دراسة محل الالتزام، فإننا نكتفي هنا بدراسة بعض المسائل الخاصة بتطبيق هذه الـــشروط على عقد البيع، والتي نص عيها القانون، ومن ثم، ندرس بـــيع الأمـــوال المـــستقبلة، وبيع الحقوق المتنازع فيها، وبيع المال الشائع، وأخيراً بيع ملك الغير، كالتالي :

الغصن الأول

" بيع الأموال المستقبلة "

يشترط وفقاً للقواعد العامة أن يكون المبيع موجوداً وقت البيع، أو على الأقل قابلاً للوجود في المستقبل، وذلك حتى ينعقد البيع وينتج آثاره بين طرفيه .

وبالتالي يجوز أن يقع البيع على شيء مستقبل، أي محتمل الوجود مستقبلاً، وهذا الحكم يستفاد من القاعدة العامة الواردة في نص المادة ١٣١/١ والتي تقضي بأن : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ".(١٧٦)

وقد أفصح المشرع المصري بهذا النص عن قصده في مخالفة السائد في الفقه الإسلامي من عدم جواز التعامل على أشياء مستقبلة إلا في حالات استثنائية، وذلك كما جاء في المادة / ٣٠٤ من مرشد الحيران التي تنص على أنه : " لا يصح أن يكون الشيء المعدوم الذي سيوجد في المستقبل محلاً لعقد معاوضة إلا في السلم بشرائطه(١٧٧).

---

(١٧٦) د/ جميل الشرقاوي : ص ٦٦.

(١٧٧) على سبيل المثال راجع : د/ جميل الشرقاوي : ص ٦٦، د/ السنهوري : ص ١١٩، د/ شكري سرور : ص ١٥٥ .

– ويذهب البعض إلى عكس ذلك، إذ يرون أن البيع بشرط المذاق بيعاً معلقاً على شرط واقف مثل البيع بشرط التجربة مشار إليه لدى د/ شكري سرور : هامش ٢ – ص ١٥٥ .

ومن أمثلة بيع الأشياء المستقبلة، بيع صاحب مصنع كمية من منتجات مصنعة قبل أن يبدأ في صنعها، وبيع المالك منزلاً قبل بنائه، وبيع المؤلف مؤلفه قبل إتمامه .

غير أنه يشترط أن يكون الشيء ممكن الوجود في المستقبل، ومن ثم إذا باع شخص إلى آخر ما ينتج من أرض معينة من قطن هذه العام، وكان قد زرع أرضه محصولاً آخر ولم يعد من الممكن زراعتها قطناً، فالبيع باطل لعدم إمكان وجود المبيع[١٧٨].

وبيع المال المستقبل بيع بات، أي أنه ينعقد في الحال وتترتب عليه آثاره فيما عدا حصول المشتري على الشيء المبيع، والذي يؤخر إلى وقت مستقبل مع قيام الاحتمال بأن هذا المال قد لا يوجد، وبالتالي لا يعد هذا البيع معلقاً على شرط واقف هو وجود المبيع، لأن ذلك يتعارض مع حقيقة قصد المتعاقدين، ومع ما يرتبه هذا البيع من التزامات بمجرد انعقاده وأهمها التزام المشتري بدفع الثمن،ورغبة البائع في قبض الثمن في الحال، في مقابل التزام البائع بنقل الملكية وهو التزام حال ينشأ بمجرد التراضي على البيع، ولكن يؤجل تنفيذه إلى الوقت الذي يوجد فيه المبيع كما أراده المتعاقدان،وهذا يفرض على البائع العمل على إيجاد المبيع كالقيام

(١٧٨) د/ شكري سرور : ص ١٥٥ .

بصنع السلعة حتى يكون باستطاعته أن يقوم بتنفيذ التزامه الأصلي بنقل الملكية(١٧٩).

ويلاحظ أن بيع الأموال المستقبلة مع توافر الاحتمال في وجود المبيع يتضمن قدراً من المجازفة سواء في وجود المبيع أو في قدره فقط، وهذا يتوقف على الصورة التي يتم فيها بيع المال المستقبل، وفي ضوء قصد المتعاقدين، وتلك مسألة واقع تفصل فيها محكمة الموضوع عند الاختلاف بين المتعاقدين حول ما إذا كانت المجازفة في وجود المبيع ذاته أو في قدره فقط، ومثال الحالة الأولى أن يتفق صياد مع شخص آخر على بيع ما يخرج في شبكته من أسماك، وفي نية كل من المتعاقدين أن الثمن يدفع ولو خرجت الشبكة خالية تماماً، بشرط ألا يكون عدم وجود المبيع راجعاً لفعل البائع كامتناع الصياد عن طرح شباكه، والبيع في هذه الصورة من عقود الغرر التي تبطلها الشريعة الإسلامية، ولكن القانون لا يمنعها، وقد جرت أحكام المحاكم على تصحيحها(١٨٠)، أما المجازفة في مقدار المبيع فتعني أن المشتري يلتزم بدفع الثمن المتفق عليه كله، إذا وجد المبيع بصرف النظر عن مقداره، فإن لم يوجد منه شيء أو

---

(١٧٩) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٢٨.

(١٨٠) راجع د/ السنهوري – ص ١٢٠، د/ شكري سرور : ص ١٥٦ وما بعدها.

وجد منه قدر تافه يعتبر في حكم العدم، فسخ البيع واسترد المشتري مـا دفع من الثمن[١٨١] . ومن أمثلة المجازفة في قدر المبيع الاتفاق علـى شـراء محـصول القمح الذي سينتج من أرض معينة بسعر إجمالي محدد بصرف النظر عما ينتج من الأرض من قمح وقد تتجه إرادة الطـرفين إلـى عـدم المجازفة في وجود المبيع أو في قدره (كميـته) كمن يشتري محصول القمح الذي سينتج من أرض معينة بسعر الأردب خمسون جنيهاً على سبيل المثال .

وإذا كانت القاعدة في القانون المصري هي جواز بيع الأشياء المـستقبلة إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة،حيث يحرم المشرع هذا البـيع فـي صـورة معيـنة تـتعلق بحظـر الـتعامل في التركة المـستقبلة،حيث تـنص الفقرة الثانية من المادة / ١٣١ من القانون المدنـي على أنه: " غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون " . ونظـراً لـسبق دراسة هذا الاستثناء في نظرية العقد، فإننا نحيل بـشأن مـضمونه ونطاقـه والحكمـة منه، وشروط تطبيقه وجزاء مخالفته، إلى المراجع الخاصة بمصادر الالتزام[١٨٢].

---

(١٨١) د/ شكري سرور : ص ١٥٧ .

(١٨٢) راجع د/ السنهوري : ص ١٢٠، ص ١٢١ .

الغصـــن الثاني

" بيع الحقوق المتنازع عليها "

يــشترط أن يكــون محـــل الالتزام محقق الوجود أو محتمل الوجود، والحق المتنازع عليه حق محتمل الوجود،وهو بهذا الوصف يجوز بيعه، والبيع الذي يرد على هذا الحق يكون عقداً احتمالياً، فإن ثـــبت المبـــيع للبائع انتقل إلى المشتري بعقد البيع، وإن لم يثبت فقد ضاع على كل من البائع والمشتري،وبالتالي فإن المشتري الذي يُقدم على شراء حق متنازع فيه إنما يخاطر بما يبذله فيه من الثمن(١٨٣).

ويعتبـــر الحـــق متنازعاً فيه، إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي(١٨٤) .

---

(١٨٣) لـــم تكن المجموعة المدنية السابقة تنص على حكم بيع الأموال المستقبلة أو حكم التصرف فيها بصفة عامة، وإنما كانت تقضي بأن بيع الحقوق في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، وأيضاً لا يجوز بيع الثمار قبل انعقادها أو الزرع قبل نباته (المادتان : ٢٦٣ : ٣٣٠) .

(١٨٤) يجيــز الأحـــناف بـــيع المعدوم المحتمل الوجود في الإجارة والاستصناع والمزارعة والسلم، ويزيد المالكية إجازة التبرع بشيء مستقبل، أما ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة فيجيزان التعاقد على المعدوم مطلقاً وفي كل العقود، ما دام قـــد تعين بالأوصاف وارتفع الغرر، راجع في ذلك : د/ محمد سلام مدكور: الفقه الإسلامي – ١٩٥٤ – بند ٣٠٥ وما بعده .

وقــد أجاز المشرع للشخص أن ينزل عن الحق المتنازع فيه إلى الغير فيتخلص بذلك مما يثيره هذا الحق من قلق أو مضايقات .

وقــد ميــز المشرع في حكم بيع الحقوق المتنازع عليها بين حالتين:

الحالــة الأولــى : بــيع الحقــوق المتنازع فيها لغير رجال القضاء وأعوانهم .

والحالة الثانية : بيع الحقوق المتنازع فيها لرجال القضاء وأعوانهم.

وقــد حظــر المــشرع على رجال القضاء وأعوانهم شراء الحقوق المتنازع فيها سواء بأسمائهم أو باسم مستعار، إذا كان النظر فــي النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلاً، حيث نصت المادة / ٤٧١ مدني على أنــه : " لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحــاكم ولا للمحــضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع بــاطلاً . والبطلان هنا مطلق، بحيث يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بــه، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا ترد عليه إجــازة أو تصحيح[١٨٥] . ونكتفي بعرض الحالة التي يجوز فيها بيع

---

(١٨٥) د/ خميس خضر : ص ٨٣ .

الحقوق المتنازع عليها لغير رجال القضاء وأعوانهم، فيما يلي :

بيع الحقوق المتنازع فيها لغير رجال القضاء وأعوانهم :

نصت المادة ٤٦٩، ٤٧٠ من القانون المدني على أحكام هذا البيع، ومن خلال هذين النصين يتضح أن بيع الحق المتنازع فيه ينقل الحق كما هو " أي متنازعاً فيه " إلى المشتري، ويتحمل المشتري تبعة مصير النزاع في شأن الحق، فهو يشتري مخاطراً، فإما أن يثبت الحق للبائع فينقل إلى المشتري كخلف خاص له، وإما لا يثبت له فلا ينتقل إلى المشتري شيء، ذلك لأن البائع لحق متنازعاً فيه لا يضمن للمشتري وجود الحق، وإنما يبيع له مجرد إدعاء، ومن ثم يراعي في تقدير ثمن هذا الادعاء أن يكون متناسباً مع قوته، فيزيد أو ينقص تبعاً لقوة الادعاء أو ضعفه، وهو في جميع الأحوال يقل عن قيمة الحق نفسه، إذ المشتري مضارب يأمل الكسب، ويدخل في اعتباره احتمال الخسارة، فينزل من قيمة الحق ما يوازي هذا الاحتمال[١٨٦].

ونظراً لما يحتويه عنصر المضاربة من خطر، إذ قد يعمد بعض محترفي الشغب والمنازعات القضائية إلى شراء الحق المتنازع فيه بأقل الأسعار متخذين من الإجراءات القضائية وسيلة

---

(١٨٦) د/ جميل الشرقاوي : ص ٨٧، ص ٨٨

للضغط على إرادة من عليه الحق، فقد أجاز المشرع لهذا الأخير أن يسترد الحق من المشتري، بعد أن يدفع له الثمن الذي دفعه مع المصروفات والفوائد، وذلك حتى يفوت المشرع على المضارب قصده، ويحسم النزاع [١٨٧].

أما إذا انتفى قصد المضاربة لدى المشتري، بأن كان جاهلاً أن الحق الذي تلقاه محل نزاع، ففي هذه الحالة لا يجوز الاسترداد، وذلك لانتفاء الحكمة منه[١٨٨] .

وتتضمن رخصة الاسترداد خروجاً على الأصل العام في حرية التصرف، إذ بها يحل المسترد محل المشتري في الحق الذي تلقاه هذا الأخير من البائع وذلك رغم إرادة كل من المشتري والبائع [١٨٩]، ولذا وجب تفسيرها تفسيراً ضيقاً [١٩٠].

---

(١٨٧) د/ جميل الشرقاوي : ص ٨٨، ص ٨٩ ، ويجب ألا يكون وجود الشيء مستقبلاً رهيناً بمحض الصدفة درءاً للغرر والمقامرة ،

(١٨٨) نفس الإشارة .

(١٨٩) راجع على سبيل المثال : د/ مصطفى عبد الجواد : مصادر الالتزام – المرجع سالف الذكر – ص ٣٥٢ وما بعدها ،
– ونشير إلى أن هذا الاستثناء يدرس تحت الشرط الخاص بمشروعية المحل، كما أن المشرع قد أجاز بيع التركة وبين أحكام هذا البيع (انظر المواد من ٤٧٣ : ٤٧٦ من القانون المدني) .

(١٩٠) د/ السنهوري : ص ١٦٧ ، ص ١٦٨ .

ونوضح فيما يلي شروط الاسترداد، وآثاره .

أولاً : شروط الاسترداد :

تـؤخذ هـذه الشروط من نص المادة / ١/٤٦٩ من القانون المدنـي والتي تنص على أنه : " إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالـبة إذا هـو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع ".

مـن هـذا النص يتضح أنه لجواز الاسترداد أربعة شروط، نـضيف إليها شرطاً خامساً يؤخذ من نص المادة / ٤٧٠ من القانون المدني .

وهذه الشروط هي :

(١) أن يكون محل الاسترداد حقاً متنازعاً فيـه :

يجـب أولاً أن يكـون محل الاسترداد حقاً متنازعاً فيه، وقد بيـنت الفقـرة الثانـية من المادة / ٤٦٩ مدني أن الحق يعد محلاً للمنازعة إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أمام القضاء، أو قام في شأنه نزاع جدي .

ومن ثم، يعد الحق متنازعاً فيه في إحدى الحالتين التاليتين :

الحالة الأولى: أن تكون قد رُفعت بشأن موضوعه دعوى قضائية:

يلــزم في هذه الحالة أن يكون موضوع الحق قد رفعت بشأنه دعــوى أمــام القضاء، فلا يكفي مجرد إثارة دفوع لا تتعلق بأصل الحــق، كالدفع بعدم اختصاص المحكمة أو ببطلان صحيفة الدعوى، أو بــأن المدعي لا صفة له في رفعها، ذلك لأن مثل هذه الدفوع لا تــتعلق بأصــل الحــق ذاته[١٩١] . ولكي يعد الحق متنازعاً فيه بهذا المعنى، يجب أن ينصب النزاع على وجود الحق أو طريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بمضي المدة[١٩٢]. أو أن يتعلق النزاع بمدى الحق أو بمقداره [١٩٣].

---

(١٩١) مادة / ٢/٤٦٩ مدني .

(١٩٢) ذلك لأن البيع في هذه الحالة مخالف لنص آمر متعلق بالنظام العام، يهدف إلــى الحفــاظ علــى هيبة القضاء ونزاهته . انظر في ذلك : د/ توفيق فرج: المرجع السابق – ص ٨٦ .

– أما الفقه الفرنسي فهو مختلف حول طبيعة البطلان كجزاء على مخالفة المــنع مــن الشراء، فالبعض يرى أنه بطلان مطلق والبعض الآخر يراه نسبياً، وذلك نظراً لأن النص القانوني لم يصرح بالبطلان، مشار إليه لدى د/ السنهوري : هامش ٤ – ص ١٨٧ .

(١٩٣) د/ السنهوري : ص ١٧٠ ، د/ جابر محجوب : ص ١٣٧ .

ويظل الحق متنازعاً فيه ولو صدر حكم في موضوعه طالما أن هـذا الحكم لم يصبح بعد نهائياً، بأن كان قابلاً للطعن فيه بطرق الطعـن العادية وهي المعارضة والاستئناف[١٩٤]، فإذا أصبح الحكم نهائياً فإن الحق يصبح غير متنازع فيه، ولو كان الحكم قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية (وهي النقض والتماس إعادة النظر)، طالما لم يطعن فيه فعلاً بطريق من طرق الطعن غير العادية[١٩٥].

و<u>الحالة الثانية :</u> أن يكون الحق محلاً لنزاع جدي :

فـي هـذه الحالة يكتفي المشرع بقيام نزاع جدي بشأن الحق محـل الاسـترداد حتـى يكون هذا الاسترداد جائزاً، فلا يشترط أن يكون هذا النزاع قد رفعت بشأنه دعوى قضائية [١٩٦].

ويجـب أن ينـصب هذا النزاع على أصل الحق، بأن تكون هـناك ادعاءات متعارضة بشأنه سواء في وجوده أو في مداه، وأن

---

(١٩٤) د/ شكري سرور : ص ٥٩٢ .

(١٩٥) د/ شـكري سـرور : ص ٥٩٢، مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ – ص ٢٠٤، عكس ذلك : د/ السنهوري : هامش ٣ – ص ١٧٢ .

(١٩٦) د/ شـكري سرور : ص ٥٩١، ويشير سيادته إلى تطبيقات أخرى لرخصة الاسـترداد فـي القانـون المدنـي المصري، منها رخصة الاسترداد المقررة للـشريك فـي المنقول الشائع أو المجموع من المال (م / ٨٣٣)، ورخصة الاسترداد المقررة للشفيع (م / ٩٣٥) .

تكون هذه الادعاءات جدية، فلا يكفي مثلاً في هذا الصدد أن يماطل المدين في الدفع دون أن ينكر مديونيته[١٩٧].

وتقدير قيام المنازعة في الحق وجديتها مسألة واقع تبت فيها محكمة الموضوع، دون معقب عليها في ذلك من محكمة النقض[١٩٨]، طالما كان استخلاصها سائغاً له ما يبرره من واقع مستندات الدعوى والظروف والملابسات المحيطة بها .

وسواء أكانت المنازعة في الحق قضائية أو غير قضائية، يشترط أن يكون الحق متنازعاً فيه في الوقت الذي ينزل فيه صاحبه عنه إلى الغير، حتى يجوز الاسترداد، فإذا كان النزاع قد انحسم قبل النزول عن الحق، فلا يجوز الاسترداد، كذلك لا يكون الاسترداد جائزاً إذا كان الحق غير متنازع فيه وقت النزول ثم أصبح محلاً للمنازعة بعد ذلك[١٩٩].

ويستوي أن يكون الحق محل المنازعة حقاً شخصياً أو حقاً عينياً، منقولاً كان أم عقاراً .

---

(١٩٧) في هذا المعنى :

- Cass, Civ : 30-6-1981 – D. 1983 – J. 102 – Note. ABitbol.

(١٩٨) د/ شكري سرور : ص ٥٩٣، وعكس ذلك : د/ السنهوري ص ١٧١ .

(١٩٩) نقض مدني : ١٩٣٨/٤/٧ – مجموعة عمر – جـ٢ – رقم ١٠٩ – ص ٣١٧ .

(٢) أن يكون صاحب الحق قد نزل عنه بمقابل :

يشترط أيضاً أن يكون الحق محل الاسترداد قد تم التنازل عنه من جانب صاحبه إلى الغير نظير مقابل معين يتقاضاه صاحب الحق . ومن ثم لا يجوز الاسترداد إذا كان النزول عن الحق للغير قد تم على سبيل التبرع، لأن الحكمة من الاسترداد وهي منع المضاربة لا تتحقق في التبرعات(٢٠٠).

وإذا كان النزول على سبيل الهبة، وكانت هذه الهبة بعوض، وجب النظر إلى مقدار العوض، فإذا بلغ حداً كبيراً بالنسبة لقيمة الحق الموهوب بحيث يمكن القول أن النزول عن الحق قد تم بمقابل جاز الاسترداد، أما إذا كان العوض ضئيلاً فيجب تغليب صفة التبرع، ولا يجوز الاسترداد(٢٠١).

ولكن، هل يشترط أن يكون مقابل النزول عن الحق نقدياً ؟

أو بعبارة أخرى : هل يشترط أن يكون النزول عن الحق قد تم عن طريق البيع ؟

يذهب الرأي الغالب في الفقه عكس ذلك، ومن ثم يجيز الاسترداد إذا كان المقابل غير نقدي كما في المقايضة، على أن يرد

---

(٢٠٠) مشار إليه لدى د/ السنهوري : هامش ٣ – ص ١٧١ .

(٢٠١) د/ شكري سرور : ص ٥٩٤، د/ جابر محجوب : ص ١٣٩ .

المسترد في هذه الحالة للمتنازل له قيمة المال الذي قايض به المتنازل عن الحق المتنازع فيه، وحجتهم في ذلك أن المشرع قد تعمد عدم الإشارة إلى لفظ البيع وإنما قال : " إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل " كما تجنب أن يعبر عن المتصرف إليه بلفظ المشتري وإنما عبر عنه بـ " المتنازل له " ولو كان المشرع يقصد قصر الاسترداد على البيع لكان من الميسور عليه أن يعبر عن ذلك بلفظ صريح كما فعل بشأن استرداد الحصة الشائعة، والشفعة، فضلاً عن أن الحكمة من الاسترداد تتوافر في كافة التصرفات الناقلة للحق بمقابل،ولا تقتصر على البيع فقط [٢٠٢].

في حين يذهب البعض إلى اشتراط أن يكون المقابل نقدياً حتى يجوز الاسترداد، أي اشتراط أن يكون النزول عن الحق قد تم عن طريق البيع، استناداً إلى العبارة الواردة في نص المادة / ٤٦٩/ ١ مدني والتي تقضي بأن الاسترداد يكون في مقابل " رد الثمن " والثمن لا يكون إلا في البيع[٢٠٣]، هذا فضلاً عن أن نظام الاسترداد نظام استثنائي ورد في باب البيع وعنون له المشرع بعنوان " بيع

---

(٢٠٢) د/ السنهوري : ص ١٧٢ .

(٢٠٣) وقد حسم المشرع بنص المادة ١/٤٦٩ مدني الخلاف الذي كان سائداً في ظل التقنين المدني السابق حول ما إذا كان يشترط رفع دعوى أمام القضاء لاعتبار الحق متنازعاً فيه .

الحقــوق المتنازع عليها " . والاستثناء لا يجوز التوسع فيه، أضف إلــى ذلك أن المشرع حينما حظر على رجال القضاء وأعوانهم تلقي الحقــوق المتــنازع فــيها (م / ٤٧١ مدنــي) وصف هذا التلقي بالشراء[٢٠٤].

ومن جانبنا نؤيد هذا الرأي الأخير، نظراً لقوة أسانيده .

وهــناك تــساؤل آخر في هذا الصدد، وهو : هل يقتصر الاسترداد على البيوع الاختيارية وبالتالي لا مجال له فيه البيوع القضائية ؟

يــذهب الرأي الراجح في الفقه إلى جواز الاسترداد في البيع ولــو كــان بيعاً قضائياً، استناداً إلى أن قصد المضاربة لا ينتفي في البيوع القضائية، إذ ليس ثمة ما يمنع من أن يكون المزايد مضارباً، كمــا أن الاسترداد لا يقصد به منع المضاربة فحسب، بل يقصد به أيــضاً حسم النزاع وهذا يتحقق في البيوع القضائية، فضلاً عن أن عــبارات نص المادة ٤٦٩/١ قد وردت بصيغة مطلقة بحيث تشمل كافة أنواع البيوع اختيارية كانت أو إجبارية[٢٠٥].

---

(٢٠٤) د/ شــكري ســرور : ص ٥٩٤ . ويرى البعض أن النزاع الجدي هو ذلك النــزاع الذي يكون قد وصل إلى حد يتعذر معه تسويته ويجعل أمر رفع الدعوى به شيئاً محتملاً (د/ البدراوي : بند ٢٩٥).

(٢٠٥) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ – ص ٢٠٣ .

غيـــر أن البعض يذهب – وبحق – إلى قصر الاسترداد على البـــيوع الاختيارية، وذلك لأن نص المادة/ ١/٤٦٩ يعبر عن الحق محـــل الاســـترداد بأنه الحق الذي "نزل عنه صاحبه" ولا يمكن أن ينـــصرف هـــذا المعنى إلا إلى التصرف الاختياري، هذا إلى جانب انـــتفاء مظـــنة المـــضاربة والاستغلال لدى الراسي عليه المزاد في البـــيوع القـــضائية لأن الباب يكون مفتوحاً أمام الجميع للدخول في المزاد، فضلاً عن أن السماح بالاسترداد في البيوع القضائية سيؤدي إلى إحجام الناس عن الدخول في المزاد، وأخيراً فإن الاسترداد نظام استثنائي لا يجوز التوسع فيه (٢٠٦).

(٣) أن يعلن المدين عن إرادته في الاسترداد :

يـــستفاد هذا الشرط من نص الفقرة الأولى من المادة / ٤٦٩ مدنـــي، حين قالت " فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة "، مما يعنـــي أن رخـــصة الاسترداد متروكة للمدين إن شاء استخدمها وإن شـــاء أحجم . وهذا الشرط يعد لازماً لإتمام الاسترداد، ويعلن المدين إرادتـــه فـــي الاسترداد دون حاجة إلى شكل خاص، فقد يتم ذلك في صـــورة طلـــب أمام المحكمة إذا كانت هناك دعوى قضائية، ويوجه الطلـــب إلى المشتري وحده لأنه الخصم في الاسترداد، وقد يتم ذلك فـــي صورة إعلان المدين إرادته في الاسترداد وتوجيه هذا الإعلان

---

(٢٠٦) د/ جابر محجوب : ص ١٤٠ .

إلــى المشتري، إذا لم تكن هناك دعوى قضائية وإنما قام نزاع جدي بـشأن موضــوع الحق، ويحدث الإعلان أثره من وقت وصوله إلى علم المشتري وفقاً للقواعد العامة(٢٠٧).

ولــم يحــدد المــشرع موعداً معيناً لتقديم طلب الاسترداد أو الإعــلان عن نية المسترد في استعمال حقه في الاسترداد، وبالتالي يجــوز تقديم طلب الاسترداد في أي وقت قبل أن يحسم النزاع بشأن الحــق المتنازع فيه(٢٠٨). بل ويذهب الفقه الفرنسي إلى جواز تقديم الطلب بالاسترداد ولو بعد حسم النزاع بشأن الحق وصيرورته غير متنازع فيه في الحالة التي يتعمد فيها المتنازل له إخفاء التنازل لكي يــتفادى الاســترداد(٢٠٩) ، وهذا الرأي جدير بالتأييد لأن الحق كان محــلاً للمــنازعة وقت النزول عنه، فضلاً عن أن المتنازل له غير جديــر بالحمايــة لأن قــصده كــان سيئاً، والغش يفسد كل ما يبنى عليه(٢١٠) .

---

(٢٠٧) د/ شكري سرور : ص ٥٩٥ .

(٢٠٨) د/ جابــر محجــوب : ص ١٤١، عكــس ذلــك : د/ رمضان أبو السعود، ص ٩٢.

(٢٠٩) مــن هــذا الرأي على سبيل المثال : د/ أنور سلطان : بند ٤٢٠، أستاذنا الدكــتور/ رمــضان أبــو الــسعود : المرجع السابق – ص ٩٢، د/ جابر محجــوب : ص ١٤١، ص ١٤٢ . وقــرب مــن ذلــك : د/ السنهوري : ص ١٧٣ .

(٢١٠) د/ البدراوي : ص ٤٢٧ .

كمـــا يذهب الرأي الغالب في الفقه – المصري والفرنسي – إلى أن استعمال الحق في الاسترداد يجب أن يتم بطلب أصلي وليس بطلب احتياطي، ومن ثم لا يجوز أن يطلب المدين أصلياً الحكم بعدم صحة الدين واحتياطياً استرداده من المتنازل له[٢١١] .

وهـــذا الرأي أيضاً جدير بالتأييد لأن المحكمة سوف لا تبحث الطلـــب الاحتياطـــي إلا بعد الانتهاء من الفصل في الطلب الأصلي الخـــاص بوجود الحق، وإذا ما تم هذا الفصل يصبح الحق خالياً من المنازعة، بشرط ألا يكون الحكم قابلاً للطعن بالطرق العادية إذ يظل محلاً للمنازعة حتى يتم الفصل في الطعن[٢١٢].

(٤) أن يقوم المسترد برد الثمن الحقيقي وفوائده والمصروفات إلى المتنازل له :

لا يكفـــي أن يعلن المسترد رغبته في الاسترداد، بل يجب أن يقـــوم مـــن يطلـــب الاســـترداد بـــرد الثمن وفوائده من وقت الدفع والمصروفات إلى المتنازل له، أو على الأقل عرضه عرضاً حقيقياً على هذا الأخير إذا لم يقبل المشتري (المتنازل له) الدفع الفعلي أو

---

(٢١١) د/ شكري سرور : ص ٥٩٧ .

(٢١٢) من هذا الرأي : د/ السنهوري : هامش ٤ – ص ١٧٣، د/ أنور سلطان : بند ٤٢٠ .

نـــازع في صحته[٢١٣]، وهذا يتفق مع ما نصت عليه المادة ١/٤٦٩ مدني .

وقد ذكر المشرع الثمن الحقيقي عن قصد، للتحرز من الثمن الـــصوري الذي يذكره المتبايعان في العقد ويكون مبالغاً فيه إما لدفع المدين عن الإحجام عن طلب الاسترداد أو لتحقيق منفعة للمتنازل له (المــشتري) تتمـــثل في الحصول على الفرق بين الثمن الذي دفعه أصـــلاً والـــثمن الصوري المذكور في العقد[٢١٤]. وللمدين أن يثبت صورية الثمن بكافة الطرق .

وإذا كـــان المتـــنازل قد منح المتنازل له أجلاً للوفاء بالثمن، فللمـــسترد أن يـــستفيد من هذا الأجل، ولكن للقضاء أن يلزمه بتقديم تأمين كاف يضمن السداد[٢١٥].

وتـــشمل هذه المصروفات التي يجب أن يؤديها المسترد إلى المتنازل له، جميع المصروفات التي تحملها هذا الأخير، ويدخل فيها مصروفات التنازل عن الحق محل النزاع، كمصروفات تحرير عقد

---

(٢١٣) مـــن هـــذا الـــرأي : د/ شكري سرور : ص ٥٩٧ والمراجع المشار إليها بهامش ٤، ٥ .

(٢١٤) د/ السنهوري : ص ١٧٥ .

(٢١٥) د/ جابر محجوب : ص ١٤٤ .

التنازل، والسمسرة، ورسوم التسجيل والدمغة، وكذلك مصروفات دعوى المطالبة بالحق[٢١٦].

(٥) يجب ألا يتعلق الأمر بحالة من الحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد :

إذا توافرت الشروط السابقة جاز استرداد الحق محل النزاع، اللهم إلا إذا توافرت حالة من الحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد قانوناً .

وهذه الحالات نصت عليها المادة / ٤٧٠ من القانون المدني، ونكتفي بذكرها فقط، وهي [٢١٧]:

أ- إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد .

ب- إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر .

ج - إذا نزل المدين لدائن عن حق متنازع فيه وفاءاً للدين المستحق في ذمته .

د- إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً أو بيع الحق لحائز العقار.

---

(٢١٦) مشار إليه لدى د/ جابر محجوب : هامش ٢ – ص ١٤٤ .

(٢١٧) د/ جابر محجوب : ص ١٤٥ .

وهذه الحالات يجمع بينها انتفاء الحكمة من الإسترداد .

ثانياً : آثار الاسترداد :

إذا توافرت شروط الاسترداد، أنتج آثاره . غير أنه إذا استرد المتنازل ضده الحق المتنازع فيه من المشتري، فهذا لا يعني أنه أقر بأن الحق ليس له، بل كل ما عناه بالاسترداد أنه قصد وضع حد للخصومة القائمة، حتى ينحسم النزاع في أمر لا تعرف مغبته[(٢١٨)].

ونبحث آثار الاسترداد في العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده، ثم في العلاقة ما بين المشتري والبائع، وأخيرا في العلاقة ما بين المتنازل ضده والمشتري، كالتالي[(٢١٩)].

(١) آثار الاسترداد في علاقة المشتري بالمتنازل ضده :

يحل المتنازل ضده محل المشتري بموجب الاسترداد، ولا يعد الاسترداد شراءً جديداً للحق محل النزاع، بل أن المشتري يعتبر أنه لم ينتقل إليه الحق أصلاً وقد انتزعه منه المسترد .

ويترتب على ذلك أن جميع الحقوق التي يكون المشتري قد رتبها على الحق قبل الاسترداد تسقط، وتعتبر كأن لم تكن .

---

(٢١٨) انظر مثلاً : د/ أنور سلطان : ص ٤٢١، د/ العدراوي : ص ٤٢٨ .
نقض مدني : ١٩٣٨/٤/٧ - مجموعة عمر - جـ ٢ - ص ٣١٧ .

(٢١٩) د/ جابر محجوب : ص ١٤٦ .

(٢) آثار الاسترداد في علاقة المشتري بالبائع :

يبقى البيع قائماً، ولا يزول بالاسترداد، وهذا بعكس الحال في الشفعة وحق الاسترداد بصفة عامة، حيث يحل المسترد محل المشتري نحو البائع،أما في الحالة التي نحن بصددها فإن الاسترداد يوجه ضد المشتري وحده دون البائع، وبالتالي لا يؤثر الاسترداد على علاقة المشتري بالبائع .

ويترتب على ذلك أنه يكون للبائع حق مطالبة المشتري بدفع الثمن وتنفيذ الالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد البيع، ولا يحل المسترد محل المشتري في هذه الالتزامات . ولا يرجع المشتري على البائع بالضمان بعد أن انتزع المسترد الحق من المشتري، ما لم يكن المشتري يجهل أنه اشترى حقاً متنازعاً فيه .

(٣) آثار الاسترداد في علاقة البائع بالمسترد :

يعد المسترد مديناً بالحق المتنازع فيه للبائع، فهو غير أجنبي عن الحق بخلاف الشفيع الأجنبي عن العين محل الشفعة .

ويترتب على ذلك أن الحق المتنازع فيه لا ينتقل من البائع إلى المسترد، فقد كان محلاً للمنازعة بينهما، وكل ما فعله الاسترداد أن هذا النزاع قد تم حسمه، ولم يعد للبائع الحق في مطالبة المسترد بشيء من الحق المتنازع فيه، ويكون للاسترداد الأثر الذي يرتبه الصلح في حسم النزاع، إذ يحسم النزاع في الحق إذا كان ديناً يدعيه

البائع في ذمة المسترد، حيث يحسم النزاع في الدين فيعتبر كأنه لم يكن في ذمة المسترد، وإذا كان الحق المتنازع فيه عقاراً انقطع النزاع فيه وخلصت ملكيته للمسترد دون منازعة من البائع، ولا يعد العقار قد انتقل من البائع إلى المسترد، بل يعتبر أنه كان دائماً ملك المسترد، وبالتالي لا يلزم تسجيل الاسترداد(٢٢٠).

ويرى البعض وبحق أن الاسترداد مجرد وسيلة خاصة لإبراء ذمة المدين من الدين المتنازع فيه أو كف النزاع عن الحق، عن طريق تعويض صاحب الحق وقت الاسترداد في حدود المبلغ الذي دفعه في مقابل تلقي هذا الحق، وهذا ما يتفق مع عبارة المادة ٤٦٩/١ مدني " للمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة "(٢٢١).

الغصن الثالث

" بيع المال الشائع "

وفقاً للقواعد العامة، يجب أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين (م / ١٣٣ مدني)، وإلا كان عقد البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً .

---

(٢٢٠) د/ السنهوري : ص ١٧٥ .

(٢٢١) د/ شكري سرور : ص ٦٠١، ص ٦٠٢، د/ جابر محجوب : ص ١٤٧ .

ويثار التساؤل حول الحالة التي يرد فيها البيع على شيء مملوك لأكثر من شخص ملكية شائعة بينهم، فهل يعد المبيع معيناً أو قابلاً للتعيين في هذه الحالة ؟

بداءة يتحقق الشيوع إذا ملك اثنان أو أكثر مالاً بحصص معينة دون أن تفرز حصة كل منهم، كأن يملك أحدهم النصف أو الثلث أو الربع في المال الشائع . والشيوع نوعان : شيوع إجباري ومثاله الشيوع الناشئ عن وفاة المورث واشتراك الورثة في أموال التركة قبل تقسيمها، وهناك شيوع اختياري ينشأ بتصرف إرادي كشراء أكثر من شخص قطعة أرض فضاء أو منزل على أن تكون الملكية شائعة بينهم .

وعودة إلى إجابة السؤال المطروح أعلاه، يتفق الفقه على أن البيع الذي ينصب على جزء غير محدد من شيء معين، أي الذي ينصب على حق شائع، يعتبر وارداً على محل معين، لأنه يكفي أن يكون الشيء الذي يرد البيع على نصيب منه معيناً،دون أن يلزم تعيين موضوع الحق المبيع نفسه[٢٢٢] . وقد كان القانون المدني السابق ينص على هذا الحكم [٢٢٣] .

---

(٢٢٢) د/ أنور سلطان : ص ٤٠٦ .
(٢٢٣) د/ جابر محجوب : ص ١٤٨ .

أما القانون المدني الحالي فقد نظم التصرف في المال الشائع وذلك في المواد ٨٢٦، ٨٣٢، ٨٣٣ من القانون المدني . ووفقاً للمادة / ٨٢٥ فإنه إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم الدليل على غير ذلك . فكل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها .... (م ٨٢٦ / ١ مدني)، ولاشك أن التصرف في الحصة الشائعة يشمل البيع وغيره من التصرفات القانونية .

ومن خلال الأحكام الواردة في المواد المذكورة، نتحدث أولاً عن البيع الصادر من أحد الشركاء، ثم البيع الصادر من أغلبية الشركاء، وذلك كالتالي :

أولاً : البيع الصادر من أحد الشركاء

قد يتصرف أحد الشركاء في حصته بالبيع، وقد يبيع المال الشائع كله، ونعرض للحالتين فيما يلي :

(١) بيع الشريك لحصته في المال الشائع :

قد يبيع الشريك حصته شائعة، كما قد يبيعها في صورة جزء مفرز من المال الشائع، كالتالي :

أ – بيع الشريك حصته شائعة :

لاشك أن الشريك مالك لحصته ملكاً تاماً، ومن ثم له أن يتصرف فيها بالبيع كما هي (حصة شائعة) وفي هذه الحالة فإن البيع يكون صحيحاً ونافذاً ولا يشترط موافقة باقي الشركاء .

غير أنه يحق للشركاء الآخرين أن يستردوا الحصة المبيعة بالشفعة إن كان المال المملوك على الشيوع عقاراً (مادة / ٩٣٦ / ب مدني)، أو بمقتضى رخصة الاسترداد المقررة لهم بموجب المادة / ٨٣٣ مدني، إذا كان المال المملوك على الشيوع منقولاً، أو مجموعاً من الأموال كتركة مثلاً، وتوافرت شروط تطبيق نص المادة / ٨٣٣ (٢٢٤)، وفي هذه الحالة يحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه . وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته (مادة / ٨٣٣ / ٢ مدني) .

ب – بيع الشريك حصته مفرزة :

قد يبيع الشريك حصته مفرزة أو محددة دون أن يكون هناك اتفاق على القسمة بينه وبين شركائه، ففي هذه الحالة تقضي المادة / ٨٢٦ / ٢ مدني بأنه : " وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز

---

(٢٢٤) راجع في ذلك بالتفصيل : د/ شكري سرور : ص ٥٩٧، ص ٥٩٩ .

مـن المـال الـشائع ولـم يقـع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الـذي آل إلـى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف " .

ومـن ثـم، يختلف حكم بيع الشريك لحصة مفرزة من المال الشائع بحسب ما إذا كان المشتري عالماً بحالة الشيوع أو غير عالم بها كالتالي :

١ – إذا كان المشتري عالماً بحالة الشيوع :

علم المشتري بحالة الشيوع هنا يعني أيضاً علمه بأن البائع لا يملـك الجزء المفرز المبيع، وإنما يملك فقط حصة شائعة في المال الـشائع . في هذه الحالة يفترض أن المشتري قد قبل الجزء المفرز المبيع أو ما يحل محله مما يقع في نصيب البائع عند القسمة .

وبالتالـي يكـون البيع صحيحاً ويملك المشتري حصة البائع الـشائعة حتـى تتم القسمة، فإن تمت القسمة ووقع نصيب البائع في الجـزء المفرز الذي باعه فلا تثور أية مشكلة، إذ يخلص هذا الجزء للمشتري .

أما إذا تمت القسمة ووقع نصيب البائع كله أو بعضه في غير الجزء الذي باعه، فقد قضت المادة ٢/٨٢٦ بأن حق المتصرف إليه

(المـــشتري) ينـــتقل مـــن وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتـــصرف (الـــبائع) بطـــريق القـــسمة . وذلك نوع من الحلول العينــــي،أي حلول عين محل عين أخرى . ويتملك المشتري الجزء الـــذي آل إلى البائع بطريق القسمة، لا من وقت القسمة، بل من وقع البـــيع، أي بأثـــر رجعـــي، لأن القسمة هنا كاشفة عن الحق وليست منـــشئة له[٢٢٥]، فضلاً عن أن نص المادة / ٢/٨٢٦ مدني يؤكد ذلك حيث يقول " من وقت التصرف " .

وفي هذا الصدد، قضت محكمة النقض بأن : " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للشريك علي الشيوع أن يبيع جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل إجراء القسمة، فقد نصت المادة ٨٢٦ فقرة ثانية من القانـــون المدني على أنه : " .... "ومتى تقرر ذلك، فإن الطاعن يكون قد اشترى من المطعون ضده الجزء المفرز الذي قام ببيعه أو مـــا يحـــل محله مما يقع في نصيب المطعون عليه عند القسمة، فإن وقـــع الجـــزء المفرز عند القسمة في نصيب المطعون عليه خلص للطـــاعن، وإن لـــم يقـــع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العيني من الجـــزء المفـــرز المبيع إلى الجزء المفرز الذي يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة[٢٢٦].

---

(٢٢٥) راجع في ذلك : د/ السنهوري : ص ١٧٦ وما بعدها .

(٢٢٦) وإذا كـــان المـــشتري قد اشترى بثمن مؤجل، وأصبح المسترد ملزماً بهذا الثمن إلى أجله، فلا يكون المسترد ملزماً بشيء نحو البائع، بل هو ملزم بـــه نحـــو المـــشتري، وهذا بدوره ملزم نحو البائع (مشار إليه لدى د/ السنهوري : ص ١٧٨ وهامش ٢).

٢ – إذا كان المشتري غير عالم (يجهل) بحالة الشيوع :

جهل المشتري بحالة الشيوع يفترض جهله بأن البائع لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة . وفي هذه الحالة اعتبر المشرع أن المشتري قد وقع في غلط جوهري متعلق بالعين المبيعة، إذ كان يعتقد أنها مملوكة للبائع دون شريك، وهنا يجوز له أن يطلب إبطال البيع (مادة / ٨٢٦ / ٢ مدني) .

غير أنه إذا حدثت القسمة قبل طلب الإبطال، فإن حكم البيع يتوقف على نتيجة القسمة، فإذا وقع الجزء المفرز في نصيب البائع، خلص هذا الجزء للمشتري من وقت البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة، وينقلب البيع صحيحاً ولا يجوز للمشتري طلب إبطال عقد البيع .أما إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب البائع، فإن المشتري يستبقي حقه في طلب إبطال البيع، ولا يجبر على أخذ الجزء المفرز الذي آل إلى البائع بطريق القسمة، لأن الحلول العيني لا يكون – وفقاً للمادة / ٨٢٦ / ٢ مدني – إلا حيث يعلم المشتري وقت البيع أن البائع لا يملك الجزء المفرز الذي يبيعه، وإنما يملك فقط حصة شائعة[٢٢٧] . كما أن للمشتري أن يجيز البيع، فيأخذ الجزء المفرز الذي وقع في نصيب البائع بدلاً من الجزء المفرز المبيع،وليس هذا تحولاً لعقد باطل، بل إجازة لعقد قابل للإبطال[٢٢٨].

---

(٢٢٧) د/ رمضان أبو السعود : ص ٩٧، ص ٩٨ .
(٢٢٨) د/ جميل الشرقاوي : ص ٩٠ .

وإذا ادعى البائع أن المشتري كان عالماً بحالة الشيوع وبحقيقة كون البائع مالكاً لحصة شائعة في مال مملوك على الشيوع، فعلى البائع يقع عبء إثبات علم المشتري،وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، فإذا ما نجح البائع في ذلك، فلا يكون من حق المشتري طلب إبطال البيع، وإنما ينتقل حقه إلى الجزء الذي آل إلى البائع بمقتضى القسمة وفقاً لفكرة الحلول العيني .

ويفترض أن الشريك قد باع في حدود حصته فقط سواء شائعة أو مفرزة .

(٢) بيع الشريك لكل المال الشائع :

إذا باع الشريك المال الشائع كله بتفويض من الشركاء، فهذا البيع يعد صحيحاً، إذ يكون البائع قد باع بالأصالة عن نفسه وبالنيابة عن باقي الشركاء.

أما إذا باع الشريك كل المال الشائع دون أن يكون مفوضاً في ذلك من باقي الشركاء، فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين :

الأول : اعتقاد المشتري أن البائع مالك للمال كله ملكية مفرزة، فهذا البيع يكون قابلاً للإبطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهري وفي حصص سائر الشركاء، لأن بيع الشريك لهذه الحصص هو بيع لملك الغير [٢٢٩].

---

(٢٢٩) في المادة / ٢٦٠ منه والتي كانت تنص على أنه : " يجوز أن يكون المبيع عيناً معينة أو حقاً شائعاً أو محدداً في العين .... " .

والثاني: علم المشتري وقت البيع أن للبائع شركاء في المال المبيع : إذا لم يستطع البائع استخلاص ملكية كل المال له، ففي هذه الحالة يجوز للمشتري طلب فسخ البيع، وإذا وقع جزء من المال المباع في حق البائع، كان للمشتري أن يستبقيه مع إنقاص الثمن بما يتناسب والجزء الذي لم يقع في نصيب البائع(٢٣٠).

ومع ذلك يجوز أن يكون بيع الشريك لكل المال الشائع نافذاً إذا أقره سائر الشركاء الآخرين، وبالتالي لا يكون هناك مبرر لطلب الفسخ من جانب المشتري .

ثانياً : البيع الصادر من أغلبية الشركاء لكل المال الشائع :

إذا كانت هناك أسباب قوية تدعو إلى بيع المال الشائع أو التصرف فيه بصفة عامة، ولم يتفق كل الشراء على التصرف في المال الشائع، ففي هذه الحالة، أجاز المشرع للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف في هذا المال إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي

---

(٢٣٠) وأهمها أن يكون ذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمهم بالبيع أو من تاريخ إعلانهم به، وأن يتم توجيه إعلان بذلك إلى كل من البائع والمشتري، وأن يتم تعويض المشتري عن كل ما أنفقه .

الـشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شـهرين من وقـت الإعلان . وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الـشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التـصرف واجـباً. وهـذه الأحكام نصت عليها المادة / ٨٣٢ من القانون المدني .

الغصن الرابـع

" بيع ملك الغيـر "

عـالج المشرع أحكام بيع ملك الغير ومفترضات وجوده في المواد من ٤٦٦ : ٤٦٨ من القانون المدني .

وفـي ضـوء هذه النصوص نوضح أولاً التعريف ببيع ملك الغير ومفترضات وجوده، ثم نبين أحكام بيع ملك الغير، وأخيراً لابد من الإشارة إلى طبيعة الجزاء المترتب على بيع ملك الغير والمقرر لصالح المشتري، وهذه المسائل نوضحها فيما يلي :

أولاً : التعريف ببيع ملك الغير ومفترضات وجوده :

نـصت المادة / ٤٦٦ / ١ من القانون المدني على أنه : " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب

إبطـــال البـــيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل ".

ومـــن هذا النص يتضح أنه لكي نكون بصدد بيع ملك الغير، لابد من توافر المفترضات التالية :

(١) وجود بيع قصد به نقل الملكية في الحال :

ذلـك لأن الحكمة من تقرير بطلان بيع ملك الغير تتمثل في استحالة تحقق انتقال الملكية في الحال أي بمجرد العقد في هذا البيع بسبب عدم ملكية البائع لما يبيع .

ومن ثم لا نكون بصدد بيع ملك الغير إذا لم يقصد بالبيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري فور العقد .

وبالتالي لا يعد بيعاً لملك الغير، ما يلي :

أ- مجرد التعهد لشخص ما، بالحصول على موافقة مالك الشيء علـــى أن يبيعه له، لأن المتعهد هنا لا يبيع ملك غيره، وإنما هـــو تعهد بالحصول على موافقة المالك على البيع، إذ أن هذا يعـــد تعهداً عن الغير وليس بيعاً لملك الغير (المالك)، وتطبق مـــن ثـــم أحكام التعهد عن الغير السابق دراستها في نظرية العقد(٢٣١).

---

(٢٣١) د/ أحمد سعد : ص ١٤٥ .

ب- البيع المعلق على شرط تملك البائع للمبيع : إذ أن البائع لم يلتزم بنقل الملكية التزاماً باتاً، وإنما علق التزامه على شرط واقف هو أن يتملك المبيع، فإذا تحقق الشرط وأصبح البائع مالكاً للمبيع، انتقلت الملكية إلى المشتري، وإذا لم يتحقق الشرط سقط البيع، ومن ثم لا يعد هذا بيعاً لملك الغير (٢٣٢).

ج-بيع ملك الغير المضاف إلى أجل،إذ قد يتمكن البائع من تملك المبيع خلال الأجل المحدد (٢٣٣).

د- الوعد بالبيع الصادر من غير مالك، لأنه لا ينشئ في ذمة الواعد سوى التزاماً بعمل، وإذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء وقد أصبح الواعد مالكاً للشيء تم البيع، وإلا انقلب البيع إلى بيع لملك الغير (٢٣٤).

هـ - البيع الصادر من الوارث الظاهر : فرغم أنه يعد بيعاً لملك الغير في الحقيقة، إلا أن المشرع قد قضى باعتباره بيعاً صحيحاً نافذاً في حق الوارث الحقيقي

---

(٢٣٢) نقض مدني : ١٩٨٠/٣/٢٥ - مجموعة أحكام النقض - س ٣١ - ع ١ - ص ٨٨٨ .

(٢٣٣) د/ جابر محجوب : ص ١٧١ .

(٢٣٤) د/ أحمد سعد : ص ١٤٥ .

حرصاً على استقرار المعاملات، والأوضاع الظاهرة، وبالتالي يتملك المشتري المبيع، ولا يكون في حاجة إلى الحماية التي قررها القانون للمشتري في بيع ملك الغير (٢٣٥).

و- بيع الشريك في الشيوع لجزء من المال الشائع يجاوز حصته، حيث يعد البيع بيعاً لملك الغير بالنسبة للجزء الزائد عن حصة الشريك .

ز - بيع الشيء المستقبل : لأن هذا البيع لا ينقل الملكية في الحال، وإنما ينشئ فقط التزاماً بنقلها يثقل ذمة البائع عندما يوجد الشيء في المستقبل، ولهذا لا يمكن التحقق من توافر مفترض عدم ملكية البائع للمبيع وتطبيق الجزاء المقرر لبيع ملك الغير إلا إذا لم يتمكن البائع من نقل الملكية في الوقت المحدد لنقلها (٢٣٦) . وفضلاً عن ذلك فإن الشيء المستقبل وإن لم يكن مملوكاً للبائع وقت العقد فهو أيضاً غير مملوك لغيره أيضاً في ذات الوقت .

---

(٢٣٥) د/ جابر محجوب : ص ١٧٢، ص ١٧٣ .
(٢٣٦) د/ أحمد سعد : ص ١٤٦ .

(٢) ورود البيع على شيء معين بالذات :

ذلـــك لأن هـــذه الأشياء هي التي تنتقل ملكيتها بمجرد العقد، بعكـــس الأشـــياء المعينة بالنوع (المثلية) فلا تنتقل الملكية فيها إلا بالإفراز، ولا يمكن قبل أن يتم الإفراز معرفة ما إذا كان البائع مالكاً للمبيع أو غير مالك له، ولا يعد البيع الوارد على أشياء معينة بالنوع بيعاً لملك الغير إلا إذا تم الإفراز فعلاً وتبين أن الكمية التي أفرزت وأعدت للتسليم غير مملوكة للبائع (٢٣٧).

ويتـــضح مـــن ذلك ارتباط هذا المفترض، بالمفترض السابق الخاص بوجود بيع يراد به نقل الملكية في الحال .

وإذا كـــان المبـــيع معيناً بالذات (قيمياً)، فلا يهم ما إذا كان عقـــاراً أو منقولاً، وبدون تفرقة بين ما إذا كان بيع العقار مسجلاً أو غير مسجل، حيث تطبق أحكام بيع ملك الغير في الحالتين، وهذا ما نـــصت عليه المادة ١/٤٦٦ مدني صراحة منعاً لأي لبس بخصوص وقت انتقال الملكية في العقارات (٢٣٨).

---

(٢٣٧) راجع د/ مصطفى عبد الجواد : مصادر الالتزام – المرجع السابق .
(٢٣٨) د/ السنهوري : ص ٢٣٣ .

(٣) عدم ملكية البائع للمبيع، وإنما المالك شخص من الغير :

المفترض الأساسي في هذا الصدد هو أن المبيع غير مملوك للبائع، فلو كان المبيع مملوكاً للبائع، أو يحتمل ملكيته له، فلا نكون بصدد بيع لملك الغير، ومن ذلك أن تكون ملكية البائع للمبيع وقت البيع معلقة على شرط (واقف أو فاسخ)، إذ ينعقد البيع صحيحاً ويترتب عليه نقل الملكية للمشتري، كل ما هنالك أنها تنتقل معلقة على نفس الشرط، ولكن إذا لم يتحقق الشرط الواقف، أو تحقق الشرط الفاسخ،وزالت ملكية البائع بأثر رجعي، برزت مشكلة بيع ملك الغير، وجاز للمشتري التمسك بتطبيق الجزاء المنصوص عليه في المادة/ ٤٦٦/١ مدني .

ومن ناحية أخرى، يجب أن يكون الشيء مملوكاً لغير البائع، ولا يدخل في ذلك المشتري، لأن الشخص إذا اشترى ما يملكه جاهلاً ملكيته له، فإن البيع هنا يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لاستحالة محل التزام البائع بنقل الملكية وتخلف سبب التزام المشتري بدفع الثمن، وبالتالي لا نكون بصدد بيع ملك الغير[٢٣٩].

إذا توافرت المفترضات أو المعطيات السابقة كنا بصدد بيع لملك الغير، ومن ثم وجب تطبيق الجزاء الذي نص عليه القانون

---

(٢٣٩) د/ شكري سرور : ص ٥٧٢ .

وكـــذا الأحكام الأخرى التي قررها المشرع في هذا الشأن، وهو ما نبحثه فيما يلي :

ثانياً : أحكام بيع ملك الغير :

تـــتلخص أحكـــام بـــيع ملك الغير وفقاً لما نصت عليه المواد ٤٦٦ : ٤٦٨ فـــي ثلاثـــة أمور هي : حق المشتري في طلب إبطال البـــيع، وكذا حقه في التعويض إن كان حسن النية، وعدم نفاذ البيع في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره، وذلك كما يلي :

(١) أحكام بيع ملك الغير في علاقة المشتري بالبائع :

تتمـــثل هـــذه الأحكام في أمرين : الأول : حق المشتري في طلـــب إبطال البيع، والثاني : حق المشتري حسن النية في المطالبة بالتعويض، وهذا ما نوضحه فيما يلي :

أ – حق المشتري في طلب إبطال البيع :

نصت المادة / ١/٤٦٦ مدني على هذا الحق حيث ورد بها: " جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع " .

وهـــذا الحق يثبت للمشتري ولو كان سيئ النية بأن كان يعلم وقت التعاقد أن المبيع مملوك للغير[٢٤٠]، كما يثبت له ولو كان البائع

---

(٢٤٠) د/ البدراوي : ص ٤١٢ .

حسن النية يجهل أنه يبيع ملك غيره، وهذا ما يستفاد من نص المادة / ٤٦٨ مدنـــي، حيث أجاز للمشتري أن يطالب بالتعويض ولو كان الـــبائع حسن النية، والمطالبة بالتعويض تفترض أن العقد قد أبطل، ممـــا يعنـــي أن للمـــشتري الحق في الإبطال ولو كان البائع حسن النية[٢٤١].

ويجـــوز للمشتري التمسك بالإبطال حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي، إذ له أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع – ولو كان يعلـــم وقت البيع أن البائع لا يملك المبيع – متى تبين له أن البائع لا يـــستطيع أن يحـــصل على ملكية المبيع ومن ثم لا يستطيع أن ينقلها إلى المشتري[٢٤٢]. ولا يخل حق المشتري في الإبطال في هذه الحالة بحقه في الفسخ لإخلال البائع بالتزامه بنقل الملكية[٢٤٣].

ويكون للمشتري التمسك بإبطال البيع إما عن طريق الدعوى ليـــسترد الـــثمن مـــن المـــشتري، أو عن طريق الدفع، كأن يتمسك

---

(٢٤١) د/ السنهوري : ص ٢٣٤، ص ٢٣٥ .

(٢٤٢) د/ جابر محجوب : ص ١٨٨ .

(٢٤٣) نفس الإشارة .

بالإبطال ليدفع دعوى البائع الذي يطالبه بالثمن[٢٤٤] .

وإذا تعرض المالك الحقيقي للمشتري، كان له أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق، فضلاً عن حقه في طلب الإبطال أو طلب فسخ البيع، فهو بالخيار بين هذه الأنظمة الثلاثة، مع ملاحظة أنه لو اختار الفسخ، فليس له أن يطالب البائع حسن النية بالتعويض، في حين يكون له ذلك إذا اختار إبطال العقد[٢٤٥].

ولكن إذا مات المشتري أو فقد أهليته قبل طلب الإبطال، فهل يجوز لورثته أو لممثله القانوني طلب الإبطال ؟

لم يتعرض الفقه لهذه المسألة، ونرى أن الحق في إبطال البيع ينتقل إلى ورثة المشتري في حالة وفاته، أو إلى ممثله القانوني في حالة فقد أهليته، قياساً على حق النائب القانوني (الولي – الوصي) في طلب إبطال العقد نيابة عن القاصر وفقاً للقواعد العامة، مما يعني أن طلب البطلان غير مرتبط بشخص من تقرر لصالحه، فهو لا يعد من قبيل الرخص الذاتية أو الشخصية اللصيقة بشخص من تقررت

---

(٢٤٤) إذ كان من رأي البعض أن بيع العقار لا يسري عليه حكم الإبطال، لأنه لا ينقل الملكية بذاته، وإنما بالتسجيل وكانت هناك آراء أخرى في الموضوع ذاته، رفضها المشرع، بما جاء في المادة / ١/٤٦٦ مدني، راجع : د/ شكري سرور : ص ٥٧٣، هامش ١ – ص ٥٧٤ .

(٢٤٥) د/ شكري سرور : ص ٥٧٤، ص ٥٧٥ .

له . فضلاً عن أن الحق في طلب الإبطال يظل قائماً طالما لم يتمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري أو ورثته أو من ينوب عنه قانوناً في حالة موته أو فقده لأهليته .

وثمـــة تساؤل آخر هو : **هل يحق للبائع طلب إبطال بيع ملك الغير ؟**

الـــراجح في الفقه هو عدم جواز ذلك نزولاً على نص المادة ١/٤٦٦ مدنـــي والتـــي تجعل هذا الحق للمشتري وحده دون البائع، وأيـــضاً إعمالاً للقاعدة العامة الواردة في المادة / ١٣٨ من القانون المدني والتي تنص على أنه : " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق ". ولاشك أن الإبطال في بيع ملك الغير قد تقرر لصالح المشتري دون البائع، ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير التمسك به(٢٤٦).

ومع ذلك يذهب البعض إلى أن للبائع طلب إبطال البيع، ليس استناداً إلى أحكام بيع ملك الغير، وإنما وفقاً للقواعد العامة في الغلط الـــذي يعـــيب الإرادة إن توافرت شروطه بأن كان البائع حسن النية يعـــتقد أنه يبيع ما يملك، وكان غلطه هذا جوهرياً بأن كان هو الدافع إلـــى الـــتعاقد بحيث لولاه لما أقدم على إبرام العقد، وكان المشتري

---

(٢٤٦) د/ شكري سرور : ص ٥٧٤، ص ٥٧٥ .

بدوره واقعاً في نفس الغلط بأن كان يعتقد أن المبيع مملوك للبائع، أو كـــان عالمـــاً بأن البائع قد وقع في الغلط أو كان من السهل عليه أن يعلـــم بـــذلك، ففـــي هذه الحالة يجوز أن يكون تقرير الإبطال بنص خاص لمصلحة المشتري سبباً في حرمان البائع – كأي متعاقد – من حقه في الإبطال استناداً إلى القواعد العامة، غير أن المشتري سيبقى مع ذلك مميزاً عن البائع في هذا الخصوص، حيث يستطيع أن يصل إلى إبطال البيع دون حاجة إلى توافر شروط معينة بعكس الحال في الإبطال لمصلحة البائع على أساس الغلط، كما أن المشتري يستطيع الوصـــول إلى إبطال العقد ولو كان البائع حسن النية . وإلى جانب ذلك فإن حرمان البائع من حقه في إبطال البيع،وإلزامه بتسليم المبيع إلى المشتري إذا تمسك بالتنفيذ العيني، يعني بكل بساطة إجبار البائع على أن يعتدي على ملك غيره، وهو ما لا يجوز.[(٢٤٧)]

ونمـــيل إلى تأييد هذا الرأي الأخير لقوة أسانيده، وتمشيه مع القـــواعد العامة في القانون المدني، وإتفاقه مع المنطق . ونعتقد أن أنصار الرأي الأول لا يمانعون في الأخذ بمنطق الرأي الثاني، ذلك لأنهـــم يقولون بعدم جواز طلب الإبطال من جانب البائع وفقاً لأحكام بـــيع ملك الغير احتراماً لصريح نص المادة / ٤٦٦/١ مدني، إلا أن حكـــم القواعد العامة المتعلقة بجواز طلب الإبطال ممن وقع في غلط

---

(٢٤٧) د/ شكري سرور : ص ٥٧٥ .

جوهري يطبق بداهة في هذه الحالة إذا توافرت شروطه . ومن ثم لا يطبق هذا الحكم، ولا يجوز بالتالي للبائع طلب البطلان إذا كان عالماً بأن المبيع غير مملوك له وقت التعاقد .

مسقطات حق المشتري في طلب الإبطال :

إذا كان يحق للمشتري طلب إبطال البيع وفقاً للمادة / ٤٦٦/١ من القانون المدني، وذلك من وقت التعاقد، إلا أن حقه هذا يسقط بأحد الأسباب الآتية :

١ - تملك البائع للمبيع بعد ابرام البيع :

إذا أصبح المبيع مملوكاً للبائع بعد البيع لأي سبب من الأسباب، فلا يجوز للمشتري طلب الإبطال في هذه الحالة، لأنه لم يعد له مصلحة في هذا الطلب، وقد زال المانع الذي كان يحول دون انتقال الملكية إليه . وقد نصت المادة / ٤٦٧ / ٢ مدني على هذا الحكم، حيث قالت : " وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد " .

٢ - تملك المشتري المبيع بالحيازة أو بالتقادم[٢٤٨] :

إذا تملك المشتري المبيع بسبب حيازته له إذا كان منقولاً، أو

---

(٢٤٨) نفس الإشارة .

بالتقادم المكسب إذا كان عقاراً ففي هذه الحالة وقد خلصت له الملكية، فلا مبرر لطلب إبطال البيع، لأنه يستطيع دفع دعوى المالك الحقيقي .

٣- إقرار المالك الحقيقي للبيع :

نصت المادة / ٤٦٧/ ١ من القانون المدني على أنه : " إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري " . وبالتالي، فإن إقرار المالك الحقيقي للبيع، يجعل البيع نافذاً في حقه، وتنتقل الملكية إلى المشتري، ولا تكون له مصلحة في طلب الإبطال .

غير أن الإقرار الذي يحرم المشتري من طلب الإبطال، وفقاً للرأي السائد في الفقه، هو ذلك الإقرار الذي يصدر من المالك قبل رفع دعوى الإبطال من جانب المشتري، ذلك لأنه إذا كان المشتري قد رفع دعوى الإبطال فقد ثبت حقه في إبطال البيع، ويتعين على المحكمة أن تحكم له بذلك، إذ العبرة بوقت رفع الدعوى، وفي هذا الوقت كان البيع قابلاً للإبطال، ولم يكن المالك الحقيقي قد أقره[٢٤٩].

---

(٢٤٩) د/ جابر محجوب : ص ١٩٣، وهامش ١ .

ومــــع ذلك يذهب رأي في الفقه إلى أن إقرار المالك الحقيقي يمــــنع المــــشتري من طلب إبطال البيع، ولو صدر الإقرار بعد رفع دعوى الإبطال من جانب المشتري، طالما لم يكن قد صدر حكم في الدعــــوى، وذلــــك اســــتناداً إلى المبدأ الذي يقضي بمنع التعسف في استعمال حق الإبطال، إذا ظهر أنه لم تعد للمشتري مصلحة بعد ذلك فـــي التمــسك بالإبطال، ومن تطبيقات ذلك ما قضى به المشرع في المــادة / ١٢٤ من القانون المدني من أنه : " ١- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية . ٢- ويبقـــى بـــالأخص ملـــزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد[٢٥٠].

وقد أخذت بعض الأحكام القضائية بهذا الرأي[٢٥١].

ومـــن جانبـــنا نؤيد هذا الرأي مع إعطاء محكمة الموضوع ســـلطة تقديـــرية بـــشأن توافر التعسف من عدمه، فقد يتبين لها أن المـــشتري الذي يصر على التمسك بإبطال العقد، له الحق في ذلك، نظـــراً لعـــدم تحقق مصلحته من شراء المبيع بسبب تأخر الحصول علـــى ملكية المبيع، إلى وقت الإقرار، ففي مثل هذه الحالة لا مناص مـــن الحكـــم بالإبطال بناءً على طلب المشتري . أما إذا استخلصت

---

(٢٥٠) د/ السنهوري ، ص ٢٤٧ ، والحكم المشار إليه بهامش ٢ .

(٢٥١) د/ شكري سرور : ص ٥٧٦ .

المحكمـــة تعـــسف المشتري، فلها ألا تحكم بإبطال البيع استناداً إلى المـــبدأ العام في منع التعسف في استعمال الحق بصفة عامة، وقياساً علـــى ما قرره المشرع بشأن عيب الغلط بصفة خاصة، لاسيما وأن مـــن فقهـــاء قانـــون المرافعات من يرون أن شرط المصلحة اللازم توافـــره لقـــبول أي دعوى أو دفع – وكذا الشروط الأخرى اللازمة لقبول الدعوى – لا يكفي توافره عند رفع الدعوى، ولكن أيضاً عند نظرها وحتى الحكم فيها [(٢٥٢)].

ويلاحظ أن إقرار المالك الحقيقي للبيع، قد يكون صريحاً، وقد يكـــون ضمنياً، ومن قبيل ذلك ما قضى به من أن توقيع المالك على عقـــد البـــيع الـــصادر مـــن زوجته كضامن متضامن، يعد من قبيل الإقرار الضمني[(٢٥٣)].

٤ – التقـــادم :

لـــم يـــضع المـــشرع مدة تقادم لدعوى إبطال البيع في حالة صـــدوره من غير مالك، ومن ثم فالراجح في الفقه أن هذه الدعوى تـــسقط بمضي ثلاث سنوات من وقت علم المشتري بأن البائع يملك

---

(٢٥٢) د/ جابر محجوب : ص ١٩٢ .

(٢٥٣) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٤ – ص ١٩٤ .

المبـــيع، وتـــسقط على كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت البـــيع، وذلـــك قياساً على القاعدة العامة السائدة، بشأن تقادم دعوى الإبطال، أو البطلان النسبي الناشئ عن عيوب الرضاء[٢٥٤].

وتجـــب ملاحظة أن التقادم، وإن كان يسقط حق المشتري في طلـــب الإبطال ويؤكد صحة العقد أو يقلبه صحيحاً، إلا أنه لا يؤثر على حقوق المالك، ولا يسري البيع في حقه[٢٥٥].

٥ – إجازة المشتري للعقد :

تقـــرر حق الإبطال لمصلحة المشتري، ومن ثم يجوز له أن يتـــنازل عـــنه، أي أن يجيـــز العقد، صراحة أو ضمناً، ومن أمثلة الإجـــازة الضمنية أن يطالب المشتري البائع بتنفيذ التزاماته[٢٥٦]، أو أن يطلـــب ورثة المشتري ثبوت ملكيتهم للعقار الذي اشتراه مورثهم من غير المالك[٢٥٧].

---

(٢٥٤) مـــن هـــذا الـــرأي : د/ خميس خضر : ص ٢٩٨ والمراجع المشار إليها بهامش ١، د/ جابر محجوب : ص ١٩٣ .

(٢٥٥) د/ شكري سرور : ص ٥٧٧ .

(٢٥٦) د/ حمدي العطيفي : ص ٣٧٨ وما بعدها .

(٢٥٧) د/ خمـــيس خـــضر : ص ٣٠٠ ، د/ الـــبدراوي : ص ٤١٩، د/ شـــكري سرور: ص ٥٧٨ .

ويشترط لصحة الإجازة الصادرة من المشتري أن يكون عالماً وقت إجازته للعقد بأن المبيع مملوك للغير (٢٥٨).

ورغم ذلك لا تؤثر إجازة المشتري للعقد على حقوق المالك الحقيقي، إذ يظل البيع غير نافذ في حقه في كل الأحوال، وقد نصت المادة / ٢/٤٦٦ على ذلك قائلة : " وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين ولو أجاز المشتري العقد " .

فالإجازة تؤكد صحة العقد في العلاقة ما بين البائع والمشتري، ولكن لما كانت لا تؤثر على حق المالك الحقيقي، فإن التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري لا يزال مستحيلاً،وبالتالي يجوز للمشتري رغم الإجازة المطالبة بفسخ البيع، أو الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق إذا ما تعرض له المالك الحقيقي (٢٥٩).

---

(٢٥٨) راجع على سبيل المثال : د/ محمود محمد هاشم : قانون القضاء المدني – الجزء الثاني – التقاضي أمام القضاء المدني – ١٩٨٩ – ص ٧٣، ص ٧٤ والمراجع والأحكام المشار إليها بهوامش ٥٨ : ٦٠ – ص ٧٣ .

(٢٥٩) نقض مدني : ١٩٥٠/٤/٢٠ – مجموعة أحكام النقض – س ١ – رقم ٣١ – ص ١٠٦ .

وقضى على العكس بأن مجرد قبض المالك الحقيقي للثمن، لا يعد بذاته إقراراً ضمنياً منه للبيع، بل لابد أيضاً أن يعرف أن هذا هو ثمن ماله المبيع، استئناف مختلط : ١٩١٤/٣/٢٥ – مشار إليه لدى د/ السنهوري : هامش ٢ .

أما إذا آلت الملكية إلى البائع، فإنه يلتزم بنقلها إلى المشتري طالما أن هذا الأخير لم يطلب إبطال البيع بعد .

ب – حق المشتري حسن النية في التعويض :

إلـــى جانـــب الحق في إبطال البيع، يجوز للمشتري أيضاً أن يطالب البائع بتعويض عن الضرر الذي أصابه، سواء تمثل ذلك في الخـــسارة التي لحقت به أو الكسب الذي فاته بسبب إبطال البيع، فإذا قضى للمشتري بإبطال البيع،كان له الحق في المطالبة بالتعويض .

ويشترط للحكم بالتعويض أن يكون المشتري حسن النية، أي ألا يكـــون وقـــت البيع عالماً بأن البائع لا يملك المبيع . وقد نصت المـــادة / ٤٦٨ مدنـــي على ذلك، حيث قالت : " إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية " .

وقضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بما يلي : " تقرر المادة / ٤٦٨ من القانون المدني حق المشتري الذي حكم له بإبطال البيع في الـــتعويض متـــى كان حسن النية، وإذ جعل المشرع مناط حسن نية المشتري هو جهله بأن المبيع غير مملوك للبائع فهو يعني ألا يكون هـــذا المـــشتري عالمـــاً وقت شرائه بأن البائع لا يملك المبيع وبأنه يستحيل عليه لذلك نقل الملكية إليه، ومن ثم فلا ينتفي حسن النية عن

المشتري لمجرد علمه بأن سند البائع له عقد بيع ابتدائي لم يسجل، إذ في هذه الحالة لا يستحيل على البائع نقل الملكية إليه، بل أن انتقالها يكـــون ممكناً بمجرد تسجيل البائع عقد تمليكه، ولا يعني عدم تسجيل العقد عيباً فيه، ذلك أن عقد البيع غير المسجل عقد منتج لجميع آثاره ومنها التزام البائع بنقل الملكية وبتسجيله تنتقل الملكية للمشتري فعلاً متى كان البائع مالكاً للمبيع "[٢٦٠] . كما لا تنتفي حسن نية المشتري – في رأي البعض – لمجرد أنه كان في استطاعته بشيء من البحث والتحـــري معـــرفة أن المبـــيع غير مملوك للبائع[٢٦١] . أما إذا كان المشتري سيء النية، أي يعلم وقت المبيع بأن البائع لا يملك المبيع، كـــان لـــه أن يطالب بإبطال البيع واسترداد الثمن، ولكن لا يكون له الحـــق فـــي أي تعـــويض[٢٦٢]، بـــل لا يكون له الحق في استرداد مـــصروفات البـــيع التي أنفقها، لأنه أقدم على الشراء وهو عالم بأن المبيع غير مملوك للبائع، وبالتالي فهو الذي يتحمل تبعة ذلك[٢٦٣].

---

(٢٦٠) د/ محمود هاشم : المرجع السابق – ص ٧٣، ص ٧٤ .

(٢٦١) نقــض مدنـــي : ٢٠/٤/١٩٥٠. – مجموعة أحكام النقض – س ١ – ص ١٠٦.

(٢٦٢) راجع : د/ البدراوي : ص ٥٨١، د/ السنهوري : ص ٢٤٨، ص ٢٤٩ .

(٢٦٣) د/ شكري سرور : ص ٥٧٩، ص ٥٨٠ .

ولا أثـــر لسوء أو حسن نية البائع في هذا الصدد، إذ أن نص المـــادة / ٤٦٨ صـــريح فـــي أن للمـــشتري حسن النية أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية .

وحق المشتري في التعويض لا يستند إلى عقد البيع، لأن هذا العقـــد قد تم إبطاله، ولهذا يجب البحث عن مصدر التعويض خارج نطـــاق العقـــد، وقد اختلف الفقه في ذلك، فذهب رأي إلى أن أساس الـــتعويض لا يمكـــن أن يكون المسئولية التقصيرية، لأن البائع يلزم بالتعويض ولو كان حسن النية[٢٦٤].

في حين ذهب البعض إلى أن مصدر التعويض في حال سوء نـــية البائع، يتمثل في الخطأ التقصيري، أما في حالة حسن نية البائع فإن ذلك يستند إلى نظرية الخطأ عند تكوين العقد[٢٦٥] .

وقـــد تبنت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني هذا الرأي في حالة حسن نية البائع،حيث قالت :" أزال المشرع غموضاً فيما يتعلق بحـــق المشتري حسن النية في التعويض إذا حكم بإبطال العقد، فذكر

---

(٢٦٤) نقـــض مدنـــي : ٢٢/١٠/١٩٨٦ – مذكور لدى المستشار / سعيد شعلة : قضاء النقض في عقد البيع – رقم ١٩ – ص ٤٥٦ .

(٢٦٥) نقض مدني : ١٨/٤/١٩٦٨ – نفس المرجع – رقم ١٢ – ص ٤٥٣ .

صراحة أن هذا الحق يثبت له حتى لو كان البائع حسن النية . وليس في هذا الحكم إلا تطبيق تشريعي لقاعدة الخطأ عند تكوين العقد(٢٦٦).

وذهب البعض الآخر إلى أن مسئولية البائع عن تعويض المشتري ليست مسئولية تعاقدية لأن العقد قد أبطل، ولا هي مسئولية تقصيرية لأن الخطأ وقع بمناسبة عدم تنفيذ العقد، ولكنه خطأ سابق على التعاقد(٢٦٧).

وأخيراً ذهب رأي في الفقه إلى أن مسئولية البائع تقوم على فكرة الخطأ التقصيري، ذلك لأن المشرع قد اعتبر أن بيع الشخص لشيء غير مملوك له هو بحد ذاته خطأ تقصيرياً يوجب التعويض، إذ كان يجب على البائع " أن يعلم قبل الإقدام على التعاقد حقيقة مركزه من حيث الملكية، فإذا لم يفعل فقد قصر في واجبه ولزمه تعويض الطرف الآخر عما أصابه من ضرر بسبب بطلان العقد الذي اعتمد عليه" (٢٦٨).

ونحن نفضل الرأي الأخير الذي يعتبر أساس مسئولية البائع الخطأ التقصيري .ونرى أن الآراء السابقة في مجملها لا تخرج عن

---

(٢٦٦) د/ شكري سرور : ص ٥٧٩ .

(٢٦٧) د/ شكري سرور : ص ٥٨٠ .

(٢٦٨) نقض مدني : ١٩٦٤/٦/١١ – مجموعة أحكام النقض – س ١٥ – ص ٨١٤.

هذا الرأي، بما فيها الرأي الذي يقول بفكرة الخطأ السابق على إبرام العقـد، لأن هذا الخطأ في حقيقته ليس إلا خطأ تقصيرياً وليس عقدياً لأن العقد لم يبرم بعد . إضافة إلى ذلك فإنه طالما أن العقد قد أبطل، فالمسئولية تكون تقصيرية .

وعلى أية حال، فإن المشرع قد قرر مسئولية البائع ولو كان حسن النية عن تعويض المشتري في حالة إبطال العقد، وهذا يكفي بحد ذاته مصدراً للتعويض، ويتأسس التعويض على فكرة الخطأ التقصيري .

(٢) حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي :

يعتبر بيع ملك الغير غير نافذ في مواجهة المالك الحقيقي، ولا يسري في حقه إلا إذا أقره، وذلك على النحو التالي :

أ – عدم نفاذ البيع في حق المالك الحقيقي :

المالك الحقيقي أجنبي عن البيع، وبالتالي لا يسري في حقه، ويبقى مالكاً للمبيع إذا لم يقر البيع، ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري ولو أجاز المشتري البيع (مادة / ٢/٤٦٦ مدني)، ويستطيع المالك الحقيقي في حالة تسلم المشتري للشيء المبيع من البائع، أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكاً للمبيع، فيسترد المبيع من تحت يده، بل وله مطالبته بالتعويض وثمار

المبيع إذا كان سيء النية[٢٦٩]. ويرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ أو بدعوى الإبطال كما تقدم .

على أن المشتري قد يتملك المبيع، لا بعقد البيع، ولكن بسبب آخر من أسباب كسب الملكية كالحيازة في المنقول، أو التقادم القصير لكسب ملكية العقار إذا كان المشتري حسن النية، أما إذا كان سيء النية فإنه يستطيع كسب ملكية المنقول والعقار بالتقادم المكسب طويل المدة، وبالتالي قد لا يستطيع المالك الحقيقي أن يسترد المبيع من المشتري[٢٧٠].

لذلك، فإن من حق المالك الحقيقي الرجوع على البائع بالتعويض، عما ما أصابه من ضرر بسبب فقده للمبيع، أو ما أصابه من ضرر بسبب تملك المشتري حسن النية لثمار المبيع،حيث يتقاضى المالك الحقيقي قيمة هذه الثمار من البائع، كما أن للمالك الحقيقي الرجوع على البائع بالتعويض حتى ولو لم يتملك المشتري المبيع ولا ثماره، وذلك عن الضرر الذي أصاب المالك الحقيقي بسبب خروج المبيع من تحت يده، ومصدر التعويض في هذه الحالات هو خطأ البائع الذي تسبب في الإضرار بالمالك الحقيقي

---

(٢٦٩) مشار إليه لدى د/ شكري سرور : ص ٥٨٠ ، هامش ٢ .
(٢٧٠) د/ السنهوري : ص ٢٥١ .

ببيعه شيئاً مملوكاً لهذا الأخير . ويستحق التعويض سواء أكان البائع حسن أو سيء النية، ولكن إذا ثبت أن البائع كان حسن النية ولم يرتكب أي خطأ لم يكن هناك محل للرجوع عليه بالتعويض، ومن أمثلة ذلك أن يجد البائع المبيع في تركة مورثه، فاعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه[٢٧١] .

ب – نفاذ البيع في حق المالك الحقيقي بإقراره :

يجوز للمالك الحقيقي أن يقر البيع رغم أنه أجنبي عنه، وهذا الإقرار من شأنه نقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري، وينقلب البيع صحيحاً، وهذا ما تقضي به المادة / ٤٦٧/١ مدني حيث تنص على أنه : " إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري " .

والواقع أن الإقرار أبعد أثراً من الإجازة الصادرة من المشتري، لأنه لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين، بل يجعله أيضاً سارياً في حق المالك الحقيقي وينقل الملكية للمشتري[٢٧٢].

---

(٢٧١) نفس الإشارة .

(٢٧٢) مشار إليه لدى د/ شكري سرور : هامش ٣ – ص ٥٨١ .

ويسري العقد في حق المالك الحقيقي من وقت الإقرار وفقاً للراجح في الفقه، وبالتالي لا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا من تاريخ الإقرار أو من تاريخ تسجيله إن كان المبيع عقاراً . ومن ناحية أخرى لا يؤثر الإقرار في الحقوق التي يكون المالك قد قررها للغير قبل صدور الإقرار، كحق رهن رسمي مثلاً، حيث يظل هذا الحق قائماً ويثقل العقار تحت يد المشتري إذا كان هذا الرهن قد تم شهره (قيده) قبل تسجيل الإقرار (٢٧٣).

وقد اكتفى المشرع بالنص على سريان العقد في حق المالك الحقيقي بإقراره، دون أن يبين المقصود بهذا السريان، لذا فقد اختلف الفقه حول المقصود بسريان البيع في حق المالك الحقيقي بإقراره، فذهب رأي إلى أنه يترتب على الإقرار أن ينضم المالك بإقراره إلى العقد، بحيث يصبح هو والبائع ملتزمين بالتضامن في مواجهة المشتري، ويكون المشتري ملتزماً في مواجهتهما (٢٧٤).

وذهب رأي آخر إلى أن أثر الإقرار يقتصر على مجرد إزالة العقبة التي كانت تحول دون نقل الملكية إلى المشتري، وفيما عدا ذلك يظل المالك أجنبياً عن العقد فلا ينصرف إليه أثره، وتبقى العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري (٢٧٥).

---

(٢٧٣) د/ السنهوري : ص ٢٥٢ والمراجع المشار إليها بهامش ١ .
(٢٧٤) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ – ص ١٩٣ . .
(٢٧٥) مشار إليه لدى د/ السنهوري : هامش ٢ – ص٢٥٢ .

فـي حين ذهب رأي ثالث إلى أن الإقرار يترتب عليه حلول المالـك المقـر محل البائع في علاقته بالمشتري، فتكون للمالك من وقـت الإقـرار كافة حقوق البائع وعليه كافة التزاماته، بحيث يفقد البائع هذه الحقوق وتبرأ ذمته من هذه الالتزامات(٢٧٦) .

ومن جانبنا نؤيد الرأي الأخير، إلا إذا تبين من الإقرار اتجاه نـية المالـك إلى التبرع بالثمن للبائع، وبقاء المالك المقر أجنبياً عن العقـد، فلا تنصرف إليه آثاره، بل تبقى العلاقة التعاقدية بين البائع والمـشتري قائمة، كل ما هنالك هو أن الإقرار قد أزال العقبة التي كانت تحول دون تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية .

ثالثاً : طبيعة وتأصيل الجزاء المترتب على بيع ملك الغير :

رغـم أن المشتري قد أجاز للمشتري إبطال البيع في المادة / ١/٤٦٦ ، مما يعني أنه قد جعل جزاء بيع ملك الغير البطلان النسبي، وبالتالـي قـد يبدون أن أمر تكييف جزاء بيع ملك الغير لا يثير أية مشكلة .

إلا أنــه لمـا كانت أحكام هذا البطلان على النحو الوارد في المادتين ٤٦٦، ٤٦٧ من القانون المدني، تختلف عن أحكام البطلان

---

(٢٧٦) د/ خمـيس خـضر : ص ٢٩٩، د/ توفـيق فرج : ص ١٢٦، د/ شكري سرور: ص ٥٨١ .

النسبي بمعناه المعروف في القواعد العامة، فإن طبيعته هذا الجزاء تثير صعوبة حقيقية .

وقد اختلف الفقه حول طبيعة وتأصيل هذا الجزاء كالتالي :

الرأي الأول : الجزاء ليس البطلان وإنما قابلية البيع للفسخ :

ذهب هذا الرأي إلى أن الجزاء المترتب على بيع ملك الغير ليس هو البطلان، وإنما قابلية البيع للفسخ بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية إلى المشتري(٢٧٧). إلا أن هذا الرأي لم يكتب له النجاح في الفقه لتعارضه مع صراحة النص .

الرأي الثاني : الجزاء هو البطلان المطلق :

يذهب هذا الرأي إلى أن البطلان المطلق هو جزاء بيع ملك الغير، وذلك بسبب تخلف المحل والسبب(٢٧٨).

غير أن هذا الرأي منتقد لتعارضه مع طبيعة بيع ملك الغير والآثار التي يرتبها في علاقة البائع بالمشتري، ولو كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً ما ترتب عليه أي أثر حتى في علاقة المشتري بالبائع، فضلاً عن أن استحالة نقل الملكية استحالة نسبية وليست مطلقة وبالتالي لا يترتب عليها بطلان مطلق، كما أن للمشتري وحده دون

---

(٢٧٧) د/ السنهوري : ص ٢٥٦ .

(٢٧٨) نفس الإشارة .

البائع حق التمسك بالإبطال، ولو كان البطلان مطلقاً لجاز لكل ذي مصلحة التمسك به، ولكان للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي به[٢٧٩].

الرأي الثالث : الجزاء هو البطلان النسبي :

يذهب جانب كبير من الفقه إلى أن البطلان في بيع ملك الغير هو البطلان النسبي، يؤكد ذلك كلمة " الإبطال " الواردة في نص المادة / ٤٦٦، وكذلك أن حق التمسك بالبطلان النسبي مقصور على المشتري وهو من تقرر الإبطال لصالحه، ويمكن القول أن الإبطال هنا بسبب الغلط الجوهري الذي وقع فيه المشتري[٢٨٠].

غير أن أحكام الإبطال المنصوص عليه في بيع ملك الغير تختلف في الحقيقية عن أحكام البطلان النسبي، فسبب هذا الأخير إما نقص في أهلية المتعاقد أو عيب شاب إرادته وليس في بيع ملك الغير شيء من ذلك، ولا تتفق أحكام وآثار البطلان المنصوص عليه في بيع ملك الغير مع البطلان النسبي للغلط، لأن للمشتري حق التمسك بالإبطال في بيع ملك الغير دون بحث مدى توافر شروط الغلط، كما أن بيع ملك الغير يجوز للمشتري طلب إبطاله ولو كان

---

(٢٧٩) نفس الإشارة .

(٢٨٠) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ – ص ١٩٣ .

قد أقدم على التعاقد وهو يعلم أن البائع غير مالك [٢٨١].

الرأي الرابع : الجزاء هو بطلان من نوع خاص أنشأه المشرع بنص خاص:

إزاء الانتقادات الموجهة إلى الآراء السابقة، يذهب الرأي السائد في الفقه إلى أن جزاء بيع ملك الغير هو بطلان من نوع خاص منشأ بمقتضى نص خاص في القانون، وهذا ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني[٢٨٢].

وهذا الرأي هو الأولي بالتأييد، نظراً لاختلاف طبيعة وأحكام جزاء بيع ملك الغير عن أحكام البطلان النسبي وفقاً للقواعد العامة .

الفرع الثاني

" الثمن "

الثمن ركن أساسي في عقد البيع، ولا ينعقد البيع إلا بوجوده حيث أن عقد البيع من عقود المعاوضات التي لابد أن يكون فيها مقابل، أي لابد أن يكون هناك عوض، والثمن يعد سبباً لالتزام البائع بنقل الملكية للمشتري .

---

(٢٨١) انظر : د/ شكري سرور : ص ٥٨٤ .

(٢٨٢) من هذا الرأي : د/ منصور مصطفى منصور : بند ١١٣ .

والـــثمن هـــو الذي يميز عقد البيع عن عقد الهبة بالرغم من أن كل منهما ناقل للملكية إلا أن الهبة لا يوجد فيها مقابل لنقل ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له . في حين أن البيع ينتج عنه مقابل وهو الثمن، وقد تقترن الهبة بعوض، ومع ذلك لابد وأن يكون هـــذا العوض أقل في قيمته من الشيء الموهوب، كما لا يشترط أن يكـــون هذا العوض نقدياً بعكس الثمن في البيع والذي يجب أن يكون نقدياً .

والـــثمن هو المقابل النقدي الذي يلتزم المشتري بدفعه مقابل التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري .

ونتـــناول ركن الثمن من خلال بيان الشروط الواجب توافرها فـــي الثمن، والإشارة إلى جزاء تخلفها ويدخل في ذلك دراسة حالة الغبن في بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية، وذلك كالتالي :

شروط الثمـــن :

يجـــب أن تتوافـــر في الثمن عدة شروط أهمها أنه يجب أن يكون نقدياً، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون جدياً .

ونتناول كل من هذه الشروط فيما يلي :

أولاً : يجب أن يكون الثمن نقداً :

لابد أن يكون الثمن في عقد البيع نقداً، سواء أكان بالعملة المحلية أو النقد الأجنبي[٢٨٣]، وهذا المقابل النقدي هو ما يميز عقد البيع عن عقد المقايضة، والتي تعني مبادلة مال بمال آخر . أما البيع فيعني مبادلة شيء بثمن نقدي يلتزم به المشتري .

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة / ٥٦٣ من المشروع التمهيدي تنص على ذلك صراحة " يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد" .

وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من تعريف عقد البيع[٢٨٤].

أهمية أن يكون الثمن نقداً :

تكمن أهمية اشتراط أن يكون الثمن نقداً في تطبيق الأحكام الخاصة بعقد البيع من عدمه، وذلك من خلال التمييز بين عقدي البيع والمقايضة، ففي عقد البيع للبائع الحق في اقتضاء الثمن المستحق،

---

(٢٨٣) من هذا الرأي : د/ إسماعيل غانم : مذكرات في العقود المسماة – عقد البيع – ١٩٥٨ – ص ٢٩ .

(٢٨٤) د/ شكري سرور : ص ٥٨٥ .

لـــه امتياز على قيمة المبيع في استيفاء الثمن، بينما هذا الامتياز غير موجود في عقد المقايضة .

ويــثور التـساؤل حـول ما إذا كان المقابل يصلح أن يكون أوراقاً مالية أو سبائك ذهبية، وهل يعد العقد هنا بيعاً أم مقايضة ؟

يـذهب البعض إلى أن العقد في هذه الحالة يعد بيعاً حتى ولو كان المقابل غير نقدي إذا تبين أن المقابل سواء أكان أوراقاً مالية أو سبائك ذهبية غير مقصودة لذاتها وإنما المقصود منها الحصول على قيمتها نقداً[٢٨٥].

بينما نجد أن الغالبية من الفقه ترى أن العقد هنا مقايضة لأن المقابل لا يعد نقداً حتى ولو كان يسهل تحويله إلى نقد[٢٨٦].

ونـرى أن الاتجـاه الثاني أولي بالتأييد وذلك لتسهيل عملية التمييز بين البيع والمقايضة .

ويــثور تـساؤل آخر حول ما إذا كان المقابل نقداً وعيناً هل نكون بصدد عقد بيع أو مقايضة ؟

يـذهب جانـب من الفقه إلى تكييف كل جزء من العقد على حسب المقابل فيه، ففي حالة المقابل العيني نكون بصدد عقد مقايضة

---

(٢٨٥) د/ جميل الشرقاوي : ص ١٠٧، د/ جابر محجوب : ص ٢٠٤ .

(٢٨٦) مشار إليه لدى د/ السنهوري : هامش ٢ – ص ٢٣٧ .

وفـــي حالة المقابل النقدي نكون بصدد عقد بيع . وقد أيد هذا الاتجاه جانب من الفقه والقضاء الفرنسيين .

بينما نجد أن الغالب في الفقه هو ترجيح أي من التكييفين على الآخـــر وذلك بالاعتماد على نية المتعاقدين وما إذا كانت النية تتجه إلى تكييف العقد على أنه بيع أم مقايضة .

وهـــناك جانـــب في الفقه يذهب إلى تكييف العقد على أساس الجـــزء الغالب في العقد فإذا كان الجزء الغالب نقداً كان العقد بيعاً، أما إذا كان الجزء الغالب في العقد عيناً كنا بصدد عقد مقايضة[٢٨٧].

ويعـــد العقد بيعاً وفقاً للراجح في الفقه، ولو كان المقابل يدفع في صورة إيراد مرتب مدى الحياة .

ثانياً : يجب أن يكون الثمن معيناً أو قابلاً للتعيين :

القاعـــدة العامة في تعيين الثمن أنه يتم تقديره مباشرة في العقد وهنا يكـــون تقديـــراً نهائياً، وإذا لم يتم تحديد الثمن في العقد مباشرة يتم وضـــع الأسس التي يتم تقدير الثمن على أساسها فما بعد، وإلا يرجع إلى سعر السوق في تحديد الثمن .

ويـــستفاد ذلك من نص المادتين/ ٤٢٣، ٤٢٤ مدني، فالمادة/ ٤٢٣ تنص على أنه : " ١- يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان

---

(٢٨٧) مشار إليه بهامش ٤ – ص ٢٣٧ لدى د/ السنهوري .

الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد. ٢- وإذا اتفق على أن الثمن هــو سعر السوق، وجب عند الشك، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن فــي مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية ".

وأشــارت المــادة / ٤٢٤ إلى أن عدم تحديد المتعاقدين لثمن المبــيع لا يتــرتب علــيه بطلان العقد متى تبين أن نية المتعاقدين اتجهــت إلى اعتماد السعر المتداول في التجارة أو الذي جرى عليه التعامل بينهما .

ومن خلال هذين النصين يتضح أن هناك حالات أربع لتعيين الثمن في عقد البيع(٢٨٨).

الحالة الأولى : تعيين الثمن في العقد مباشرة .

الحالة الثانية : قابلية الثمن للتقدير على أسس معينة .

الحالة الثالثة : سعر السوق كأساس لتقدير الثمن .

الحالة الرابعة : خلو العقد من تعيين الثمن .

---

(٢٨٨) د/ السنهوري، ص ٢٣٧، د/ شكري سرور ، ص ٥٨٦.

الحالة الأولى : تعيين الثمن في العقد مباشرة :

الأصـــل أن يتم تحديد الثمن في العقد بواسطة أطرافه، وذلك بـــتحديد مبلغ نقدي يكون مقابلاً للشيء المبيع، ويتم تحديد الثمن بعد مفاوضات بين المتعاقدين، وتنتهي تلك المفاوضات إلى تقابل إرادتي البائع والمشتري على هذا الثمن .

وقد يكون اتفاق الطرفين على الثمن صريحاً أو ضمنياً، المهم أن يكـــومن هناك ثمناً مقدراً أو قابلاً للتقدير، والقبول الضمني للثمن المـــتفق علـــيه يكون في حالة ما إذا تسلم المشتري فاتورة البضاعة المبيعة مقيداً عليها الثمن، ولم يعترض على الثمن المعين بها(٢٨٩).

المهـــم هو أن يتفق الطرفان على الثمن في العقد أو أن يكون الثمن قابلاً للتعيين .

وقـــد يفـــرض المـــشرع لبعض السلع أسعاراً إجبارية، وهنا تختفـــي حـــرية البائع والمشتري في تحديد ثمن الشيء المبيع بسعر أعلى من الذي حدده المشرع .

وقـــد يـــتم تحديد الثمن من جانب المشتري فقط، وهنا يلتزم البائع بقبول أفضل العطاءات المقدمة لديه، وذلك في حالة المزادات

---

(٢٨٩) د/ خمـــيس خـــضر : ص ٣٠٥، د/ الـــسنهوري : ص ٢٤١ وما بعدها ، وانظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ – ص ١٩٢ .

العلنية[٢٩٠]، والتي تتخطى سعر الأساس الذي يبدأ به المزاد .

الحالة الثانية : تحديد الثمن بوضع أسس لتعيينه :

إذا لم يحدد المتعاقدان الثمن في العقد مباشرة فلابد من تعيين الثمن وذلك بالرجوع إلى أسس يضعها المتعاقدان، ويشترط في تلك الأسس أو الطرق التي يتم تحديد الثمن على أساسها أن تكون موضوعية، ولا خلاف عليها بين الطرفين .

ومن ثم جرى الفقه على القول ببطلان العقد الذي يترك فيه تعيين الثمن لمحض إرادة أحد المتعاقدين وذلك بناءً على بطلان الشرط الإرادي المحض[٢٩١].

وفضلاً عن الموضوعية في تحديد أسس تقدير الثمن، لابد أن تتسم هذه الأسس بالتحديد والوضوح وإلا كان ذلك سبباً لبطلان العقد.

وهناك عدة أسس يمكن على هديها تحديد الثمن ومن بينهما وأبرزها :

---

(٢٩٠) د. أحمد سعد : نظرية العقود المسماة (عقد البيع) – الطبعة الثانية – ٢٠٠٢ – ص ١٦٢ .

(٢٩١) د/ محمد عبد الظاهر : العقود المسماة (الجزء الأول) عقد البيع ، ٢٠٠١ / ٢٠٠٢، ص ٩٩.

١- تحديد الثمن بواسطة شخص من الغير .

٢- تحديد الثمن على أساس الثمن الذي اشترى به البائع .

ونقول كلمة عن كل من هذين الأساسين فيما يلي :

(١) تحديد الثمن بواسطة شخص من الغير :

إذا فشل المتعاقدان في تحديد الثمن في العقد مباشرة، فإنه يتم تحديد الثمن بواسطة شخص من الغير . ويشترط في الشخص الذي يتم اختياره أن يكون من ذوي الخبرة والثقة ليقوم بهذه المهمة التي توكل إليه من العاقدين .

وقد يتم تسمية الشخص الثالث، في العقد نفسه، أو يتم تسميته في اتفاق لاحق . وفي كلتا الحالتين لا يبرم العقد إلا منذ لحظة تسمية الشخص الثالث .

والأصل أن قرار الشخص الثالث فيما يتعلق بتحديد الثمن يكون ملزماً للطرفين، ويمكن الاعتراض على قراره إذا كان هناك ظلم في تقديره للثمن أو شاب تقديره خطأ جسيم .

وهناك بعض المسائل حول شخص الغير الذي يقوم بتقدير الثمن وأهمها :

أ – طبيعة عمل الشخص الثالث :

اخـتلف الفقـه حول طبيعة عمل الشخص الذي يقوم بتحديد الثمن في عقد البيع . فهناك من ذهب إلى أنه محكم(٢٩٢)، وهناك من الفقـه من ذهب إلى أنه خبير متخصص في المسائل الفنية(٢٩٣) وكلا الرأيين مرفوض، لأنه لا يتصور وجود نزاع بين الطرفين قبل تقدير الـثمن حتـى يقـال فإن الشخص الثالث محكم، كما أن رأيه ملزم والخبير رأيه غير ملزم . ووفقاً للرأي الغالب في الفقه والقضاء فإن هذا الشخص يعد وكيلاً عن طرفين يقوم بعمل قانوني ويشترط لذلك أن يتم تحديد هذا الشخص من الطرفين .

ب – عدم تحديد الثمن من قبل الخبير المكلف بذلك :

ويـرجع ذلك إما لوفاته أو لاختلاف المفوضين فيما بينهم إذا كانوا متعددين، وفي تلك الحالة لا يمكن للقاضي أن يحدد الثمن بدلاً مـن المفوضين ولا يجوز تعيين مفوض غيره إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك، وفي تلك الأحوال يصبح البيع كأن لم يكن(٢٩٤).

---

(٢٩٢) د/ أحمد سعد، المرجع السابق، ص ١٦٢

(٢٩٣) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٤، ص ٣٠ وما بعدها .

(٢٩٤) يـؤيد د/ محمـد عبد الظاهـر هـذا الاتجـاه، انظـر المـرجع السابق، ص ٩٩ .

(٢) تحديد الثمن على أساس الثمن الذي اشترى به البائع :

يتم تقدير الثمن إذا لم يحدد في العقد مباشرة على أساس الثمن الـذي اشـترى به البائع الشيء المبيع، وذلك إذا كان الثمن معلوماً وقـت إبرام العقد . ويمكن أن يتم تحديد الثمن بأكثر مما اشترى به البائع أو بأقل من هذا الثمن . ويعترف الفقه الإسلامي بهذه الصورة فـي تقديـر الثمن في عقد البيع، وتسمى " بيوع أو بياعات الأمانة " حـيث يـستند في تقدير الثمن في عقد البيع إلى أمانة البائع، أما إذا وجـد كذب من البائع في الثمن وملابساته الجوهرية، يحق للمشتري طلـب إبطـال العقد باعتبار أن هذا يعد تدليساً من البائع . كما يحق للمـشتري أن يثبت صحة الثمن بكافة الطرق، وهنا يعاد تقدير الثمن على أساس الثمن الذي تم إثبات صحته زيادة أو نقصاً .

الحالة الثالثة : سعر السوق كأساس لتقدير الثمن (٢٩٥) :

يـتخذ السعر الجاري في السوق كأساس لتقدير الثمن في عقد البيع، ويساعد على ذلك أن هناك العديد من السلع لها سعر محدد في الـسوق . وغالـباً ما يقوم المتعاقدان بترك أمر تقدير الثمن إلى هذا السعر المتعارف عليه لاسيما في ظل قواعد المنافسة .

---

(٢٩٥) د/ السنهوري ،المرجع السابق . ص ٣٦٤ .

وعملية تحديد الثمن طبقاً لقواعد السوق تكون سهلة وميسرة إذا حدد المتعاقدان السوق التي يحتكم إليها في تحديد الثمن .

ولكن تثور المشكلة في حالة ما إذا لم يحدد الأطراف أي سوق يمكن الرجوع إليها، وأيضاً الوقت الذي أراد المتعاقدان الرجوع إلى السوق فيه هل هو زمن التسليم أو زمن البيع ؟

وقد أجابت المادة / ٤٢٣ مدني على ذلك بأنه " إذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك "، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يتم فيهما تسليم المبيع للمشتري، وإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن أسعاره هي السارية .

ومن ثم فقد حدد المشرع سعر السوق في زمان ومكان التسليم كأساس لتقدير الثمن وإلا فيرجع إلى العرف لتقدير سعر السوق كأساس لتقدير الثمن .

<u>الحالة الرابعة : خلو العقد من تعيين الثمن :</u>

إذا أغفل المتعاقدان تحديد الثمن أو وضع أسس لتحديده، فهنا وطبقاً لنص المادة ٤٢٤ مدني فإنه يرجع إلى نية المتعاقدين في اعتماد سعر السوق أو الذي جرى التعامل عليه بينهما . وإلا بطل العقد لتخلف ركن من أركانه .

ثالثاً : يجب أن يكون الثمن جدياً وحقيقياً :

لوجــود عقــد البيع لابد من اكتمال أركانه والثمن ركن من أركان عقد البيع، ويجب أن يكون الثمن جدياً وحقيقياً .

ومــن ثم لا يصح العقد إذا كان الثمن تافهاً أو صورياً ولابد من التفرقة بين فكرتي الجدية والثمن البخس وذلك في النقاط التالية :

(١) الثمن الصوري (وجوب أن يكون الثمن حقيقياً) :

لابــد أن يكــون الــثمن الموجود في عقد البيع حقيقياً، وليس مجــرد بيان شكلي لإتمام المظهر الخارجي لعقد البيع، وإذا لم يكن الــثمن حقيقياً نكون بصدد هبة إذا اكتمل أركانها وتكون مستورة في صورة بيع . وإذا ثبت عدم جدية الثمن أو عدم حقيقة الثمن في العقد فلا يعد العقد بيعاً .

ويترك تقدير ذلك لمحكمة الموضوع باعتبارها مسألة واقع .

(٢) الثمن التافه (وجوب أن يكون الثمن جدياً) :

لصحة عقد البيع لابد أن يكون الثمن جدياً، أما إذا كان الثمن تافهــاً أو ضــئيلاً لا يتناسب البتة مع قيمة الشيء المبيع فهنا لا يعد العقد بيعاً لتخلف ركن من أركانه ويبطل العقد.

ومـــن أمثلة ذلك من يشتري سيارة ببضع جنيهات أو أرض زراعية كبيرة المساحة بعدد من الجنيهات حيث يكون الثمن تافهاً .

ويمكن في تلك الأحوال ما لم يكن هناك مقابل آخر أن ينقلب العقد الباطل إلى عقد هبة صحيح ويكون عقد هبة مكشوفة لا مستترة وتجب فيها الرسمية(٢٩٦).

(٣) الثمن البخس (الغبن في بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية):

قد يكون هناك مقابل في عقد البيع ولكنه لا يتناسب مع الثمن الحقيقـــي للـــشيء المبيع، فهو ثمن جدي وحقيقي ولكنه أقل من ثمن الشيء المبيع .

ولـــم يأخذ القانون المدني الحالي بنظرية الغبن كقاعدة عامة، ولكـــنه طـــبق نظرية الغبن في بعض الحالات ومن بينها بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية(٢٩٧).

وجاء ذلك في نص المادة/ ٤٢٥ مدني التي تنص على أنه :
١ - " إذا بـــيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. ٢- ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد

---

(٢٩٦) راجع : د/ محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص ١٠١ .
(٢٩٧) د/ محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص ١٠٣ .

علـــى الخمـــس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع " . ونصت المادتـــان ٤٢٦، ٤٢٧ مدنـــي على باقي الأحكام . ويشترط لتطبيق الأحكام الواردة بالنصوص المذكورة ما يلي :

أ – يجـــب أن يكون المبيع عقاراً مملوكاً لشخص معدوم الأهلية أو ناقصها :

لتطبيق الأحكام التي نصت عليها المواد ٤٢٥ وما بعدها لابد أن يكـــون البائع لهذا العقار معدوم الأهلية أو ناقصها، كالمجنون، أو القاصر أو السفيه أو المعتوه وغيرهم .

ولا ينطبق النص على الغائب أو المحجور عليه لعقوبة جنائية أو مـــن عين له مساعداً قضائياً، فهؤلاء ليسوا من ناقصي الأهلية . وكذلك كامل الأهلية حتى ولو شاب التصرف غبن يزيد على الخمس . ولابـــد أن يكـــون المبيع عقاراً، فإذا كان منقولاً فلا يطعن بالغبن حتى ولو كان البائع عديم الأهلية أو ناقصها، وكذلك المنقول بحسب المـــآل كالأشـــجار التـــي تباع بقصد الاقتلاع . وإذا كان محل العقد الـــواحد عقار ومنقول ويقبل العقد التجزئة فلا يطعن بالغبن إلا على بـــيع العقـــار فقط أما إذا كان لا يقبل التجزئة فلا يجوز الطعن على العقد ككل بالغبن مع الأخذ في الاعتبار قيمة العقار فقط[٢٩٨].

---

(٢٩٨) أســـتاذنا الدكـــتور / حـــسام الـــدين الأهوانـــي، عقـــد البـــيع فـــي القانـــون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٩، ص ٢٢٠ .

ب – يجب أن يكون ناقص الأهلية بائعاً لا مشترياً :

ج – يجب أن يكون الغبن يزيد على الخمس : وهو الغبن الفاحش المعروف في الفقه الإسلامي . ويتم تحديد قيمة الغبن على أساس قيمة العقار وقت البيع لا وقت الطعن بالغبن .

د – يجب أن يكون البيع اختيارياً لا إجبارياً عن طريق المزاد العلني : حيث أن المزاد العلني يتيح المجال أمام البائع للحصول على أكبر قدر ممكن من الثمن .

فلا يصح الطعن بالغبن على البيوع التي تتم بطريق المزايدة العلنية . ويشترط أن يكون البيع بأمر قضائي أو إداري . وقد نصت على ذلك المادة / ٤٢٧ مدني [٢٩٩].

ومتى توافرت الشروط السابق ذكرها كنا بصدد غبن في البيع ولا يعد الغبن سبباً لإبطال العقد وإنما يؤدي إلى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

وترفع دعوى تكملة الثمن من بائع العقار أو ورثته على المشتري أو ورثته .

---

(٢٩٩) أستاذنا الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٤، ص ٤١٩.

وحكمة ذلك أن المشرع قد أراد حماية الضعفاء وإعطائهم الفرصة لكي يستردوا ما غبنوا فيه .

وتتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن طبقاً لنص المادة / ٤٢٦ مدني إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع .

وتبدأ مدة التقادم من تاريخ زوال سبب نقص الأهلية أو من تاريخ موت صاحب العقار قبل تمام أهليته .

وتعد تلك المدة، - وهي ثلاث سنوات - مدة تقادم وليست مدة سقوط لدعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ومن ثم يرد عليها الوقف أو الانقطاع .

وإذا لم يقم المشتري بتكملة الثمن جاز لصاحب العقار طلب فسخ العقد مع التعويض إذا لحقه ضرر [٣٠٠].

وقد حرص المشرع على حماية الغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع، حيث يبقى هذا الحق قائماً، ولا تلحق دعوى تكملة الثمن ضرراً بهذا الغير (مادة / ٤٢٦ ٢ مدني) .

---

(٣٠٠) د/ محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص ١١١ .

خلاصـــة الفصل الأول

درسـنا فـي المبحث الأول من الفصل الأول المقصود بعقد البـيع، وذكـرنا أنه : " عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي " .

وبينا خصائص عقد البيع، وذكرنا أنه : ١- عقد ناقل للملكية أو منـشئ لالتـزام بنقلها . ٢- عقد رضائي . ٣- عقد ملزم للجانبـين . ٤- عقد معاوضة . ٥- عقد محدد كقاعدة عامة . ٦- عقد يتم مقابل ثمن نقدي .

ثم ميزنا بين البيع والإيجار في الحالات التي قد يختلطان فيها وهي :

١- العقـد الـوارد علـى منـتجات الشيء أو ثماره . ٢- البيع الإيجاري (الإيجار الساتر للبيع) . وميزنا بين البيع والهبة، ثم بين البيع والمقايضة، والوكالة، والمقاولة، والوديعة، والوصية .

ورأينا أن الذي يميز البيع عن هذه العقود أمران : **الأول** : أنه عقـد ناقـل للملكية فور العقد وأنه ينشئ التزاماً بنقلها لحظة العقد، **والثاني** : أنه يتم في مقابل ثمن نقدي .

وفـي المبحث الثاني أشرنا إلى أركان عقد البيع وركزنا على ركـن التراضي في البيع من حيث وجوده وشروط صحته، وتكلمنا

عـن شرط العلم بالمبيع والذي يستمد من خيار الرؤية المعروف في الفقه الإسلامي، وأوضحنا أن المشرع المصري قد خالف في بعض المواضع أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بخيار الرؤية .

وتحدثـنا عن صور خاصة للتراضي على البيع، فذكرنا البيع بالعينة، والبيع بشرط التجربة، والبيع بشرط المذاق، وبينا أحكام كل نوع من هذه البيوع .

ثم درسنا المحل في عقد البيع واشتمل ذلك على الحديث عن المبـيع، والـثمن، وفـي هـذا الصدد أوضحنا أحكام بيع الأموال المستقبلة، وبيع الحقوق المتنازع فيها، وبيع المال الشائع، وبيع ملك الغيـر في القانون المدني المصري. وأيضاً أوردنا شروط الثمن في عقد البيع وتحدثنا عن الغبن في بيع عقار ناقص الأهلية .

نماذج أسئلة الفصل الأول

س١) اذكر مع الشرح كيفية التمييز بين :

أ- عقد البيع وعقد الإيجار .

ب - عقد البيع وعقد الهبة .

س٢) بين خصائص عقد البيع مع الشرح ؟

س٣) اشـــرح مفهـــوم وأحكام شرط العلم بالمبيع في القانون المدني المصري ؟

س٤) اكتب في :

أ - البيع بشرط التجربة .

ب - بيع ملك الغير .

س٥) اذكر بالتفصيل أحكام بيع المال الشائع ؟

الفصـــل الثانـــي

" آثار عقــد البيـــع "

عقد البيع من عقود المعاوضة التبادلية، وبالتالي يكون ملزماً لجانبـــين،ومن ثـــم إذا أبرم البيع صحيحاً واستوفي أركانه وشروطه التي تحدثنا عنها فيما سبق، ترتبت على البيع آثاره .

وهــذه الآثار عبارة عن الالتزامات التي ينشئها البيع في ذمة طرفيه، والتي تعد حقوقاً للطرف الآخر في ذات الوقت .

ونـــدرس التـــزامات البائع أولاً في مبحث أول، ثم التزامات المشتري في مبحث ثان، كالتالي :

المبحث الأول : التزامات البائع .

المبحث الثاني : التزامات المشتري .

المبحث الأول

" التزامــات البائــع "

ينــشئ عقــد البيع ثلاثة التزامات تقع على عاتق البائع، هذه الالتــزامات هــي : الالتــزام بــنقل ملكــية المبــيع، والالتــزام بالتــسليم،والالتزام بــضمان التعرض والاستحقاق، وأخيراً الالتزام بــضمان العــيوب الخفية، ونتناول هذه الالتزامات من خلال أربعة مطالب كالتالي :

المطلب الأول : الالتزام بنقل ملكية المبيع .

المطلب الثاني : الالتزام بتسليم المبيع .

المطلب الثالث : التزام البائع بالضمان .

المطلب الأول

"الالتزام بنقل ملكية المبيع "

يلتــزم الــبائع بمــوجب عقد البيع، بأن ينقل للمشتري ملكية المبــيع، وهذا المبيع قد يكون شيئاً وقد يكون حقاً مالياً آخر (مادة / ٤١٨ مدني) .

وتقضي المادة / ٤٢٨ من القانون المدني بأن : " يلتزم البائع أن يقــوم بمَا هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً ".

ومـــن ثـــم فـــإن التزام البائع هنا يتكون من شقين : أحدهما إيجابـــي، ويتمثل في ضرورة القيام بالأعمال الإيجابية اللازمة لنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ومن قبيل ذلك تسليم مستندات الملكية إلى المـــشتري،والتوقيع علـــى العقد أمام الشهر العقاري إذا كان المبيع عقاراً، وإفراز المبيع إذا كان منقولاً معيناً بنوعه . وهناك شق سلبي لالتزام البائع، يتمثل في الكف عن كل عمل مادي أو تصرف قانونـي يتـــرتب علـــى القـــيام به من قبل البائع أن يصبح انتقال الملكية إلى المـــشتري أمراً مستحيلاً أو عسيراً . ومن قبيل ذلك لا يجوز للبائع القـــيام بهـــدم المبيع أو إتلافه أو تعييبه أو إهلاكه، كما لا يجوز له لتصرف في المبيع – عقاراً أو منقولاً – إلى الغير، ذلك لأنه إذا كان المبـــيع عقاراً على سبيل المثال وباعه البائع مرة ثانية إلى مشتري ثـــان قام بتسجيل عقده أولاً، ففي هذا الفرض يصبح نقل الملكية إلى المشتري أمراً مستحيلاً .

وإذا أخـــل البائع بالتزامه بنقل ملكية المبيع، كان للمشتري أن يطلـــب التنفيذ العيني لالتزام البائع إن كان ممكنا، وإلا جاز له طلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتض .

وإذا أصبح تنفيذ الالتزام بنقل الملكية مستحيلاً بسبب أجنبي لا يـــد للبائع فيه، فإن هذا الالتزام ينقضي، ومن أمثلة ذلك هلاك المبيع

بسبب زلزال أو حريق، أو نزع ملكية المبيع من جانب الدولة للمنفعة العامة .

ولن نعرض في دراستنا لالتزام البائع بنقل ملكية المبيع إلا لنقل الحقوق العينية، لأن نقل الحقوق الشخصية يكون عن طريق حوالتها، وسبق لنا دراسة حوالة الحق في أحكام الالتزام، كما أن الحقوق الذهنية أو ما تسمى بحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية تخضع لقوانين خاصة تنظمها وتنظم نقل الحقوق المالية المتعلقة بها . بل إننا سنقتصر على دراسة نقل حق الملكية فقط .

وثمة ملاحظة هامة هي :

اختلاف الأحكام الخاصة بنقل الملكية بحسب طبيعة الشيء المبيع :

قد يرد عقد البيع على عقار، كما قد يقع على منقول، وتختلف أحكام التزام البائع بنقل الملكية بحسب طبيعة المبيع وما إذا كان عقاراً أو منقولاً .

لذا سنعرض لنقل ملكية المنقولات، ثم لنقل ملكية العقارات، على النحو التالي :

الفــرع الأول

" نقل ملكيــة المنقولات "

إذا كان الشيء المبيع منقولاً، فإن انتقال ملكيته يختلف بحسب نــوعه، فهناك المنقولات المعينة بذاتها، والمنقولات المعينة بالنوع، وذلك كالتالي :

الغصــن الأول

" نقل ملكية المنقول المعين بالذات "

القاعدة : انتقال الملكية فوراً بمجرد تمام العقد :

إذا كــان محل البيع منقولاً معيناً بذاته، فإن الملكية تنتقل إلى المــشتري فــوراً بمجرد تمام العقد، وعقد البيع ذاته هو الذي ينقل الملكية بعد أن ينشئ التزاماً بنقلها يتم تنفيذه فوراً بمجرد نشوئه[1].

وقد نصت على هذه القاعدة المادة / ٢٠٤ من القانون المدني حــيث تقول : " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقــاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بذاته يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل ".

---

(١) د/ السنهوري : ص ٣٥٨ .

وأكـــدت المـــادة / ٩٣٢ على القاعدة المذكورة، حيث نصت علـــى أن: " تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقـــار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية ... " والنصوص التي أشار إليها نص المادة / ٩٣٢ تتعلق بنقل الملكية في المنقول المعين بنوعه (مادة / ٩٣٣)، ونقل الملكية في العقارات (مادة / ٩٣٤) .

<u>شروط تطبيق القاعدة :</u>

مـــن خـــلال المادتين ٢٠٤، ٩٣٢ مدني، يتضح أنه يشترط لتطبيق القاعدة المذكورة توافر الشروط التالية :

<u>الشرط الأول : أن يكون المنقول محل البيع معيناً بذاته :</u>

يـــشترط بـــداءة لتطبيق القاعدة المذكورة، أن يرد البيع على مـــنقول معـــين بذاته، وهذا شرط طبيعي، لأن هذا المنقول هو الذي يمكن نقل ملكيته فور إتمام العقد .

ويـــرى الأستاذ الدكتور / السنهوري وبحق أن هذا الشرط لم يعـــد ذكـــره ضـــرورياً بعـــد أن ألزم القانون البائع بالقيام بالأعمال الـــضرورية التـــي تمهد لنقل الملكية، إذ من بين هذه الأعمال إفراز المبيع إذا لم يكن معيناً إلا بالنوع،ومتى قام البائع بذلك أصبح المبيع معيناً بذاته وتوافر الشرط [٢].

---

(١) د/ السنهوري : ص ٣٥٨ ، ص ٣٥٩ .

ويكــون المبيع غير معين بالذات في حالتين هما : الأولى : بــيع شيء لم يتم تصنيعه بعد، كما إذا باع مصنع كميات من القماش لم يبدأ نسجها ، فيكون المبيع هنا غير معين بالذات، ولا تنتقل ملكيته إلى المشتري إلا بعد تمام نسجه، ذلك لأن المصنع لم يبع غزلاً، بل بــاع نسيجاً . والحالة الثانية : إذا كان محل البيع تخييرياً، فلا يتعين المبيع في هذه الحالة إلا بعد استعمال الخيار ممن تقرر لصالحه، ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا عندما يتم الاختيار،وتنتقل الملكية في هذه الحالة من وقت البيع لا من وقت إعمال الخيار (٣).

الشرط الثاني : أن يكون المبيع مملوكاً للبائع :

وهذا الشرط أمر مسلم به، لأنه إذا لم يكن البائع مالكاً للمبيع فــإن نقل الملكية يصبح مستحيلاً بمجرد العقد، إذ أن فاقد الشيء لا يعطــيه، ونكــون بــصدد بيع ملك الغير، وبالتالي يكون البيع قابلاً للإبطال بالشروط والضوابط التي ذكرناها فيما سبق .

الـشرط الثالث : ألا يعلق القانون أو الاتفاق نقل الملكية على القيام بعمل معين :

يجــب أخيــراً ألا يكون نقل الملكية إلى المشتري معلقاً على القيام بأمر معين، ومصدر هذا التعليق أو الإرجاء قد يكون القانون، وقد يكون الاتفاق.

---

(٣) د/ السنهوري : ص ٣٦٠ .

فالمــشرع يعلــق نقــل ملكية العقارات على التسجيل . أما الاتفــاق، فــيجوز للطرفين أن يعلقا نقل ملكية المنقول المعين بذاته علــى اســتيفاء شــرط معين، كالاتفاق على تأخير نقل الملكية حتى يحــصل علــيها الــبائع أولاً إذا لم يكن مالكاً للمبيع وقت العقد، أو الاتفــاق على عدم نقل الملكية إلا بعد سداد جميع الأقساط، وذلك في البــيع بالتقسيط والذي يسمى في الغالب إيجاراً، ويكون ساتراً للبيع، على النحو السابق .

ومــثل هذه الاتفاقات صحيحة، نظراً لأن القواعد التي تقرر انــتقال ملكية المنقول المعين بذاته بمجرد العقد، ليست قواعد آمرة، بــل هــي مكملــة لإرادة الأطراف،ومن ثم يجوز لهم الاتفاق على مخالفة حكمها .

ويلاحظ أن الاتفاق على تأخير نقل الملكية، لا يمنع من نشوء التزام بنقلها في الحال يثقل ذمة البائع، ذلك لأن الذي يتأخر هو تنفيذ هذا الالتزام فقط(٤).

نتائج القاعدة (٥) :

إذا توافــرت الشروط السابقة ، يصبح المشتري مالكاً للمبيع، ويترتب على ذلك ما يلي :

---

(٤) انظر في ذلك : د/ محمد السعيد رشدي ص ٩٨، ص ٩٩ .

(٥) د/ جميل الشرقاوي : ص ١٣٨ .

١- يجوز للمشتري التصرف في المبيع باعتباره مالكاً، حتى ولو لم يكن قد تسلمه من البائع .

٢- للمشتري أن يطلب تسليم المبيع في حالة إفلاس البائع، ولا يزاحمه في ذلك دائنو البائع، كما يجوز لدائني المشتري الحجز على المبيع تحت يد البائع .

٣- تقع تبعة هلاك الشيء المبيع على عاتق البائع قبل التسليم، إلا إذا كان قد أعذر المشتري لتسلم المبيع قبل هلاكه، فتنتقل تبعة الهلاك إلى المشتري .

٤- تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، ويحتج بها في حق ورثة البائع ودائنيه .

٥- يتحمل المشتري تكاليف المبيع منذ تمام البيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

٦- للمشتري الحق في الحصول على ثمار المبيع ونماؤه باعتباره مالكاً له، وفقا لنص المادة / ٤٥٨ مدني، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف .

الغصن الثاني

" نقل ملكية المنقول المعين بالنوع "

نصت المادة / ٢٠٥/ ١ مدني على أنه : " إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء " وأكدت المادة / ٩٣٣ مدني على هذا الحكم قائلة: " المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ " .

والأشياء المعينة بنوعها هي المثليات والتي تعرفها المادة / ٨٥ من القانون المدني بأنها : " هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعد أو المقاس أو الكيل أو الوزن " . ومن أمثلتها المحاصيل والأقمشة وغيرها، وهي بطبيعة الحال من المنقولات .

ويتضح من النصوص السابقة (م / ٢٠٥، ٩٣٣ مدني) أن الملكية في الأشياء المعينة بنوعها لا تنتقل بمجرد العقد، بل يجب أن يتم إفراز الشيء لجعله معيناً بذاته، وحتى يمكن أن ينشأ عليه حق الملكية وهو حق عيني يلزم أن يكون منصباً على شيء معين بذاته(٦).

---

(٦) د/ شكري سرور : ص ٣١٨ .

وقبل الإفراز لا يكون الشيء معروفاً بالذات، وبالتالي فهناك استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته إلى المشتري، ويقتصر البيع على إنشاء التزام بنقل الملكية، غير أن تنفيذ هذا الالتزام يقتضي إفراز الشيء .

وإذا تم الإفراز على أية صورة (بالعد أو بالمقاس أو بالكيل أو بالوزن)، فإن المبيع يصبح معيناً بذاته، وتنتقل ملكيته من وقت الإفراز حتى ولو لم يتم تسليمه للمشتري، إذ يصبح هذا الأخير مالكاً للشيء من وقت الإفراز، ومن ثم يخرج المبيع من تفليسة البائع إذا تم شهر إفلاسه بعد الإفراز وقبل التسليم، ويستطيع المشتري استرداد المبيع من التفليسة باعتباره مالكاً لا باعتباره دائناً للمفلس، ولا يشترك معه فيه دائنو المفلس(٧).

ويختلف الإفراز عن التسليم، ذلك لأن الإفراز هو الإجراء الذي يتم به تحديد المبيع وتعيينه، في حين أن التسليم يعني وضع المبيع تحت تصرف المشتري، ولكن يلاحظ أن هناك ارتباطاً بين الإفراز والتسليم، إذ الإفراز أمر ضروري حتى يمكن التسليم، ولهذا فمن الطبيعي أن يسبق الإفراز التسليم(٨).

---

(٧) نفس الإشارة .

(٨) نفس الإشارة .

والغالب أن يتم الإفراز عند التسليم، غير أن الإفراز قد يسبق التسليم، وإذا لم يتفق الأطراف على تحديد وقت لإجراء الإفراز، فإنه يجب ألا يتأخر عن الوقت السابق مباشرة للتسليم، وهنا يمكن القول أن الإفراز والتسليم يتعاصران، أي يتمان في وقت واحد وبعملية واحدة، مما دعا الفقه إلى القول بأن التسليم يعد وسيلة إفراز المبيع في هذه الحالة(٩).

ومن الصور العملية التي يظهر فيها ارتباط الإفراز بالتسليم، حالة التزام البائع بتصدير المبيع إلى المشتري وذلك في البيوع التجارية، وتظهر أهمية خاصة لتحديد وقت الإفراز الذي يتم به انتقال الملكية في هذه البيوع، لأن المادة / ٩٤ من القانون التجاري تجعل تبعة هلاك البضائع المصدرة على مالكها، ما لم يوجد شرط يقضي بغير ذلك، بعكس القاعدة العامة التي تجعل تبعة هلاك المبيع على عاتق البائع حتى يتم تسليمه إلى المشتري . ولذا فمن الضروري أن يعين المالك للبضائع أثناء الطريق، والأمر يخضع لاتفاق المتعاقدين، فقد يتفقان على أن يكون وقت التسليم هو وقت انتقال الملكية ونقل تبعة الهلاك إلى المشتري،وقد يتفقان على أن تسليم البضائع يكون في ميناء الوصول، وبالتالي لا تنتقل الملكية

---

(٩) راجع في ذلك رسالتنا : الحيازة بسوء نية كسبب لكسب الملكية – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٩١ .

إلا في هذا الوقت، وهذه صورة نادرة في العمل، والغالب أن يتم الاتفاق على أن يعتبر التسليم تاماً في ميناء التصدير، وعندئذ تنتقل الملكية إلى المشتري ويتحمل تبعة هلاك البضائع أثناء الطريق[١٠].

وإذا لم يتفق الطرفان على هذه الأمور، يطبق حكم المادة/ ٤٣٦ من القانون المدني والتي تقضي بأنه : " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " ، مع مراعاة العرف التجاري إذا تعلق الأمر بالبيوع التجارية .

الحكم في حالة امتناع البائع عن الإفراز :

وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة / ٢٠٥ سالفة الذكر، فإنه إذا لم يقم المدين (البائع في هذا الفرض) بتنفيذ التزامه (بإفراز المبيع)، جاز للدائن (المشتري) أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض . ويكون التعويض في هذا الفرض على أساس المسئولية العقدية، حيث يتم تعويض المشتري عن كل ضرر ينشأ عن تأخر حصوله على المبيع أو عدم حصوله عليه، إذا كان ذلك راجعاً إلى فعل البائع .

---

(١٠) راجع في هذا التطور : د/ السنهوري : ص ٣٧٢ . وما بعدها .

الفـرع الثانـي

" نقل ملكيـة العقـارات "

إذا كـان المبيع عقاراً أو حقاً عينياً على عقار، فإن الملكية لا تنتقل بمجرد العقد، بل لابد من تسجيل العقد حتى تنتقل الملكية، ذلك لأن الملكـية والحقـوق العينـية الواردة على العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير .

وهذه القاعدة ورد النص عليها في المادة / ٩٣٤ من القانون المدني، والتي تقضي بأنه : " ١- في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقـوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كـان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري . ٢- ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكـام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر " .

وتـنص المـادة التاسـعة مـن قانون تنظيم الشهر العقاري المـصري رقـم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على أن : " التصرفات المنشئة لحـق من الحقوق العينية الأصلية على عقار أو التي من شأنها نقل حق من هذا النوع أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لـشيء مـن ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل . ويترتب على عدم تـسجيلها أن الحقـوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا

تــزول لا بــين ذوي الــشأن ولا بالنــسبة إلــى غيرهم، ولا يكون للتــصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".

وكانــت المــادة / ٢٠٤ مــن القانون المدني حريصة على الإشــارة إلــى القــواعد المتعلقة بالتسجيل، فبعد أن نصت على أن الالتــزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، أردفت قائلة : " وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " .

ومــن ثــم، فــإن الملكــية والحقوق العينية الأصلية المتعلقة بالعقــارات لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم إلا بالتسجيل . ولما كان عقد البيع من العقود الناقلة للملكية، فإنه يجب تسجيله.

اشتراط التسجيل لا يعني أن عقد البيع العقاري أصبح شكلياً :

لا يعنــي اشــتراط التــسجيل أن عقد بيع العقار أصبح عقداً شكلياً، ذلك لأن هذا العقد يظل رضائياً رغم اشتراط التسجيل، إذ أنه يــنعقد بمجرد التراضي، ولا يعد التسجيل شرطاً لانعقاد البيع، وإنما هــو يلزم فقط لكي يترتب على البيع نقل الملكية، وهذا أثر من آثار عقد البيع الذي انعقد صحيحاً.

مزايا الشهر وأنواعه من حيث الأساس الذي يبنى عليه :

ويحقــق نظام شهر التصرفات العقارية مزايا عديدة لعل من أهمها أنه يحقق استقرار المعاملات الواردة على عقار، ويتيح لذوي الـــشأن الـــتأكد من حالة العقار وما يرد عليه من حقوق قبل التعامل بـــشأنه، وبالتالـــي يشيع الطمأنينة في نفوس من يرغبون في شراء العقـــار أو اكتـــساب حـــق عيني أصلي عليه، وييسر التعامل على العقارات، كما أن الشهر يؤدي إلى تسهيل الاقتراض بضمان العقار ممـــا يـــسهل الائـــتمان العقاري، لأنه يتيح للمقرض وسيلة تقدير ما يعرضه المقترض (المدين) من ضمانات تقديراً سليماً[11].

والـــشهر فـــي الـــسجل نـــوعان، أحدهما يسمى نظام الشهر الشخـــصي، فينـــصب الشهر على تصرفات شخص معين إذا كانت تـــتعلق بحقوق عقارية، كما قد يكون الأساس الذي يبنى عليه الشهر هو العقار ذاته، فتخصص صفحة في السجل لكل عقار وما يرد عليه من تصرفات،وهذا هو الشهر العيني أو السجل العيني، وقد كان نظام الشهر الشخصي هو السائد في مصر – وهو السائد الآن في فرنسا– إلا أنـــه نظـــراً لعيوبه وعدم تحقيقه للأهداف المرجوة منه، فقد رأى المـــشرع المـــصري العدول عنه إلى نظام الشهر العيني أو السجل

---

(١١) نقـــض مدني : ١٩٥٥/٢/٣ – مجموعة أحكام النقض – س٦ – رقم ٧٦ – ص ٥٩٤ .

العيني Le livre foncier والذي أخذ به المشرع المصري نقلاً عن التشريع الألماني، نظراً لما يحققه من مزايا تتمثل في توفير الاستقرار للملكية العقارية والحقوق العينية الواردة عليه بصفة عامة، وتوفير وسيلة فعالة للإعلام بحالة العقار، ومن ثم تقليل المنازعات الخاصة بالعقارات، وصدر بهذا النظام القانون رقم (١٤٢) لسنة ١٩٦٤، وبدأ تطبيقه في مصر تدريجياً، ولم يطبق في كل أنحاء الجمهورية حتى الآن، كما أنه طبق على الأراضي الزراعية كمرحلة أولى، والتطبيق يسير ببطء نظراً لبعض المعوقات التي كانت سبباً في بطء التطبيق، ونهيب بالجهات المختصة الإسراع في تطبيق نظام السجل العيني نظراً لما يحققه من مزايا أهمها كفالة الاستقرار للملكية العقارية خاصة وللحقوق العينية الأصلية عامة، وتقليل المنازعات بشأن هذه الحقوق،وتسهيل اطلاع الكافة على حالة العقار[١٢].

ونشير إلى أن نظام شهر الملكية والحقوق العينية الأصلية الواردة على العقارات قد مر بعدة مراحل بدأت بالمرحلة السابقة على التقنين المدني السابق، ثم استحدث نظام للشهر في التقنين المدني القديم، وبعد ذلك صدر قانون التسجيل عام ١٩٢٣، ثم قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ثم صدر قانون السجل

---

(١٢) د/ محمد السعيد رشدي : المرجع السابق – ص ١٠٤ .

العينـــي رقـــم ١٤٢ لـــسنة ١٩٦٤ . ولن نخوض في تفصيلات هذا الـــتطور، وإنمـــا نحـــيل بـــشأنه إلـــى بعض المراجع التي تناولته بالتفصيل[١٣].

ومـــا يعنيـــنا هـــو أن عقـــد البيع يمر بمرحلتين، الأولى قبل التـــسجيل،والثانية بعـــد التـــسجيل، فمـــا هي آثار عقد البيع في كل مرحلة؟

نبين هذه الآثار من خلال المسألتين التاليتين :

<u>أولاً : آثار عقد البيع العقاري قبل التسجيل .</u>

<u>ثانياً :آثار عقد البيع العقاري بعد التسجيل</u>

<u>أولاً : آثار عقد البيع العقاري قبل التسجيل :</u>

ورد بـــنص المـــادة / ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ما يلي : " ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن " .

وهكـــذا يلاحـــظ أن عدم تسجيل عقد البيع العقاري لا يعوق سوى انتقال الملكية إلى المشتري، أما سائر آثار البيع الأخرى فإنها تترتب على هذا العقد الابتدائي والذي لم يسجل .

---

(١٣) راجع مثلاً : رسالتنا سالفة الذكر.

ومن ثم يلتزم البائع بكل ما يرتبه عقد البيع غير المسجل من التــزامات شخــصية على عاتقه، وأهم هذه الالتزامات الالتزام بنقل الملكــية إلــى المشتري، فعلى البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري لإتمام عملية التسجيل، كما يلتزم بالتسليم، والضمان ويلتزم المشتري بالثمن وبتسليم المبيع .

ويــستطيع كــل مــن طرفــي عقد البيع مطالبة الآخر بتنفيذ التــزاماته، ويكــون له أن يجبر الآخر على هذا التنفيذ إذا لم يقم به مختاراً .

<u>ويترتب على عقد البيع العقاري غير المسجل النتائج التالية:</u>

١- يجوز للمشتري أن يطالب البائع بالقيام بما هو ضروري لنقل الملكــية، تنفــيذاً لالتزامه بنقل الملكية الذي نشأ في ذمته من يــوم انعقــاد البــيع، وإذا لــم ينفذ البائع هذا الالتزام، جاز للمشتري أن يجبره على التنفيذ عن طريق دعوى صحة ونفاذ عقد البيع، ويقوم تسجيل الحكم الصادر لصالحه مقام تسجيل العقد نفسه . ولنا عودة لهذه الدعوى لاحقاً .

٢- يجــوز للمشتري أن يحول حقه الشخصي تجاه البائع – وقد أصبح دائناً له بنقل الملكية – لمحال له ، وتكون هذه الحوالة صحيحة رغم عدم تسجيل البيع [١٤].

---

(١٤) نقــض مدنــي : ١٩٧٦/٢/١٧ – مجمــوعة أحكــام الــنقض – س٢٧ – ص ٤٥٣

٣- يلتزم البائع بموجب البيع غير المسجل، بتسليم المبيع إلى المشتري، ويجوز لهذا الأخير أن يجبره على التسليم،وإذا هلك المبيع في يد المشتري قبل تسجيل عقد البيع، فهو الذي يتحمل تبعة الهلاك مع أنه لم يصبح مالكاً بعد، لأن تبعة الهلاك ترتبط بالتسليم وليس بالملكية(١٥).

٤- يكون للمشتري الحق في حبس الثمن حتى يتسلم المبيع، كما يجوز للبائع الامتناع عن تسليم المبيع حتى استيفاء الثمن .

٥- يلتزم البائع بتمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة، ويضمن له التعرض الصادر منه والتعرض القانوني الصادر من الغير، كما يضمن له استحقاق المبيع، ومن ثم لا يجوز للبائع أن يعيد بيع العقار مرة ثانية، وإذا سجل المشتري الثاني عقده قبل المشتري الأول، ضمن البائع للمشتري الأول التعرض الصادر منه واستحقاق المشتري الثاني للمبيع(١٦).

---

(١٥) نقض مدني : ١٩٥٠/١/١٣ - ذكره : د/ محمد السعيد رشدي : هامش ١٩ ص ١٠٥ .

(١٦) انظر : نقض مدني : ١٩٧٧/٦/٢٨ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٨ - ص ١٥٧٢ .

٦- يجوز للمشتري بعقد غير مسجل البناء على الأرض المشتراة، وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن " عقد البيع غير المسجل،وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري إلا أنه يولد في ذمة البائع التزاماً بتسليم المبيع، ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع في حيازة المشتري،وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار [١٧].

ويصبح البناء ملكاً للمشتري ولا يعد بانياً في ملك الغير وفقاً لما ذهبت إليه محكمة النقض .

٧- للمشتري الحق في ثمار العقار ولو لم يكن قد تسلمه بعد، بل حتى ولو لم يكن قد دفع ثمنه، وذلك من وقت البيع، تطبيقاً للمادة/ ٤٥٨ مدني والتي تقضي بأن للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ... ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك . حيث تسوي هذه المادة بين العقار والمنقول[١٨].

ويلاحظ أن الالتزامات الشخصية التي تترتب على البيع غير المسجل تنتقل إلى ورثة كل من البائع والمشتري وفقاً للقواعد العامة،

---

(١٧) د/ محمد السعيد رشدي : ص ١٠٦ .

(١٨) د/ جابر محجوب : ص ٢٩٥.

أي في حدود التركة، فينتقل إلى ورثة المشتري التزامه بدفع الـــثمن، وإلـــى ورثة البائع التزامه بالتسليم والضمان، وكذا التزامه بالقيام بكل ما هو ضروري لنقل الملكية إلى المشتري[١٩].

كيفية تنفيذ الالتزام بنقل الملكية في البيع غير المسجل :

ذكـــرنا أن عقد البيع ولو لم يكن مسجلاً، ينشئ في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية إلى المشتري، وعلى البائع تنفيذاً لهذا الالتزام أن يقوم بكل ما هو ضروري لنقل الملكية إلى المشتري .

وللمـــشتري مطالـــبة البائع بالقيام بالأعمال اللازمة لتسجيل العقد، بأن يقر بصدور البيع منه، ويذهب مع المشتري إلى مأمورية الـــشهر العقـــاري المختصة للتصديق على توقيعه . فإذا امتنع البائع عـــن القـــيام بهذه الأعمال، جاز للمشتري إجباره هو أو ورثته على القـــيام بـــذلك، وذلـــك عن طريق دعويين ابتكرهما العمل وأقرهما القـــضاء مـــنذ صدور قانون التسجيل، وهما : دعوى صحة التعاقد، ودعوى صحة التوقيع .

وفيما يلي نبذة مختصرة عن الدعويين المذكورتين :

---

(١٩) د/ شكري سرور : ص ٣٥٤.

(١) دعوى صحة التعاقد :

نبدأ بالتعريف بدعوى صحة التعاقد وطبيعتها، ثم نبين شروط نجاح المشتري فيها، وأخيراً أثرها، كالتالي :

(أ) التعريف بالدعوى وطبيعتها القانونية :

دعوى صحة التعاقد أو ما يسمى في العمل بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع، هي تلك الدعوى التي يرفعها المشتري – أو وارثه – على البائع – أو وارثه – في حالة امتناع البائع عن تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار المبيع تنفيذاً عينياً، بقصد الحصول على حكم من القضاء يقرر صحة عقد البيع ويوجب تنفيذه، يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد نفسه فتنتقل به الملكية إلى المشتري .

وهذه الدعوى تعد تطبيقاً للقاعدة الواردة في المادة / ٢١٠ من القانون المدني فيما يتعلق بالالتزام بعمل (إذ أن التزام البائع بنقل الملكية هو التزام بعمل)، والتي تقضي بأنه في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام، وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى حالة امتناع البائع عن التصديق على إمضائه لإتمام تسجيل عقد البيع .

ولم يكن قانون التسجيل الصادر عام ١٩٢٣ ينص على هذه الدعوى، إلا أن القضاء قد أقرها وأجاز تسجيل صحيفتها باعتبارها دعوى استحقاق بحسب المآل، ثم أصبح وجودها مسلماً به من جانب

المشرع وذلك في قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، حيث أشار في المادة / ١٥ إلى دعوى صحة التعاقد، بصدد الدعاوي واجبة الشهر، حيث نصت المادة ٢/١٥ على أنه: " يجب تسجيل دعاوي صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ".

وترفع هذه الدعوى من المشتري أو ورثته، كما يمكن أن ترفع من دائنيه، حيث يرفعونها نيابة عنه وباسمه عن طريق الدعوى غير المباشرة، إذا أهمل المشتري في رفعها، إذ أن لهم مصلحة واضحة في رفعها، فهي خطوة في سبيل إتمام التسجيل الذي يؤدي إلى نقل الملكية إلى المشتري (المدين)، والتي تدخل بدورها في الضمان العام للدائنين[٢٠].

وترفع الدعوى على البائع أو ورثته، وقد يتسع نطاقها من حيث الأشخاص، بعد رفعها، فقد يتدخل فيها أشخاص آخرين كخصم ثالث مدعين بملكيتهم للعقار المبيع كله أو بعضه، وفي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تجري المفاضلة بين سند المتدخل وعقد المدعي،وذلك في إطار بحثها لمدى صحة ونفاذ عقد البيع موضوع الدعوى .

---

(٢٠) د/ السنهوري : ص ٤٢٨ .

وقد ترفع هذه الدعوى على البائع للبائع، وذلك في حالة عدم تسجيل البائع الثاني لعقده، وذلك حتى يتمكن المشتري بعد تسجيل الدعوى والتأشير بالحكم، أن يسجل عقد البيع الصادر له من البائع أو يحصل على حكم بصحة التعاقد له هو من البائع(٢١).

ودعوى صحة التعاقد دعوى شخصية عقارية، فهي شخصية لأن المشتري لم يكن عند رفعها مالكاً بعد للعقار المبيع، ومن ثم فهو يستند في رفعها إلى حق شخصي له تجاه البائع يلزم هذا الأخير بنقل الملكية، وهي عقارية لأن الغرض منها هو اكتساب حق عيني عقاري هو حق الملكية(٢٢). وبالتالي تختص بها المحكمة التي يقع العقار المبيع في دائرتها أو محكمة موطن البائع (المدعي عليه) وفقاً للمادة ٢/٥٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

وتذهب محكمة النقض المصرية إلى عدم جواز تمسك البائع بسقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم طويل المدة (١٥ سنة من وقت البيع)، لأن ذلك يعتبر من قبيل المنازعة الممتنعة قانوناً على البائع وورثته بمقتضى التزامه بالضمان، فضلاً عن أن الدعوى تعد دعوى استحقاق مآلاً، والقاعدة هي أن الملكية لا تسقط بالتقادم، فيجب أن

---

(٢١) د/ جابر محجوب : ص ٢٩٤ .

(٢٢) مشار إليه لدى د/ سليمان مرقس : هامش ٣ – ص ٣٢١ .

تسري هذه القاعدة على السبل التي تؤدي إلى الملك[٢٣].

في حين يذهب بعض الفقهاء إلى أن دعوى صحة التعاقد تسقط بمضي خمس عشرة سنة من وقت صدور البيع، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوي[٢٤]، ويتحفظ البعض في هذا الصدد في حالة ما إذا كان المشتري قد تسلم المبيع وحازه خلال الخمسة عشر عاماً، فإنه يكتسب ملكية العقار بالتقادم رغم سقوط دعواه، أما إذا كان المشتري قد تسلم المبيع بعد إبرام البيع بفترة من الزمن فإن تسلمه المبيع يقطع تقادم الدعوى، وتبدأ مدة جديدة قدرها خمس عشر سنة[٢٥].

(ب) شروط نجاح المشتري في الدعوى :

يشترط لكي ينجح المشتري في دعوى صحة التعاقد التي يرفعها ضد البائع أو ورثته، أربعة شروط هي :

الشرط الأول : أن يكون المشتري قد أوفى بالتزامه ولاسيما الوفاء بالثمن :

---

(٢٣) د/ السنهوري : ص ٤٢٧.

(٢٤) انظر : د/ محمود شوقي : الشهر العقاري علماً وعملاً – ص ٢٠٠ .

(٢٥) راجع المواد من : ٢٤٦ : ٢٤٨ مدني .

يشترط بداءة أن يكون المشتري غير مقصر، وذلك بأن يكون قد قام بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد البيع، وأهمها الوفاء بالثمن إذا كان واجب النفاذ وفقاً للاتفاق، فإذا لم يقم المشتري بالوفاء بالثمن – أو إيداعه خزينة المحكمة بعد عرضه عرضاً حقيقياً – ورفع مع ذلك علـــى البائع – أو ورثته – دعوى صحة التعاقد، جاز للبائع أن يدفع هـــذه الدعوى بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن، فيتوقف عن تنفـــيذ التـــزامه بنقل الملكية حتى يفي المشتري بالثمن، وفقاً للقواعد المقررة في الدفع بعدم التنفيذ(٢٦).

الشرط الثاني : أن يكون عقد البيع صحيحاً وباتاً :

الغـــرض مـــن دعـــوى صحة التعاقد تأكيد وجود عقد البيع والقضاء بصحته ونفاذه، ولهذا يجب أن يكون العقد موجوداً وحقيقياً وصـــحيحاً، ومنجزاً أي باتاً، ويجب أن يستمر ذلك إلى وقت صدور حكـــم فـــي الدعوى، ذلك لأنه يجوز للبائع أن يتقدم في هذه الدعوى بأي دفع يتعارض مع ذلك، كالدفع بصورية البيع، أو ببطلانه لانعدام التراضـــي أو لاستحالة المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لغير ذلك مـــن أسباب البطلان، كما يجوز للبائع أن يرفع دعوى فرعية بإبطال البـــيع لوجـــود عيب شاب إرادته كالغلط أو التدليس، أو لنقص في

---

(٢٦) د/ السنهوري : ص ٤٢٥، ص ٤٢٦ .

الأهلية، كما أن له أن يدفع بانفساخ البيع لاستحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه بسبب لايد له فيه، أو أن يدفع بعدم نفاذ البيع لتحقق شرط فاسخ أو لعدم تحقق شرط واقف، وله أيضاً أن يتمسك بفسخ البيع لعدم تنفيذ المشتري لالتزاماته وأهمها الوفاء بالثمن وذلك عن طريق دعوى فرعية، أو الدفع بعدم التنفيذ في دعوى صحة التعاقد(٢٧).

وتطبيقاً لما ذكر، قضت محكمة النقض بأن : " دعوى صحة ونفاذ عقد البيع تقتضي أن يفصل القاضي في أمر صحة العقد، وبالتالي فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وبصحته أو بطلانه، إذ أن من شأن هذه الأسباب لو صحت أن يعتبر العقد غير موجود قانوناً فيحول ذلك دون الحكم بصحته ونفاذه ... "(٢٨).

وقضى بأنه إذا ظهر للمحكمة من أوراق الدعوى أن الملكية لم تنتقل إلى البائع حتى تاريخ الفصل في الدعوى، لأن عقد شرائه لم يسجل، وأن المشتري لم يختصم في دعواه البائع للبائع له ليطلب

---

(٢٧) نقض مدني : ١٩٥١/٣/٢٢ – مجموعة أحكام النقض – س٢ – رقم ٨٢ – ص ٤٤٤ .

(٢٨) انظر في ذلك د/ السنهوري : ص ٤٢٤ ، ص ٤٢٦، د/ شكري سرور : ص ٣٥٦ : ص ٣٥٨ .

الحكـم بصحة العقد الصادر منه توطئة للحكم بصحة عقده و، حتى إذا مـا سـجل الحكـم بصحة العقدين انتقلت الملكية إليه، فإن طلب المشتري الأخير صحة ونفاذ عقده يكون غير مقبول "(٢٩).

<u>الـشرط الثالث : أن يكون التنفيذ العيني لالتزام البائع بنقل الملكية ممكناً :</u>

تهدف دعوى صحة التعاقد إلى تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية للمـشتري تنفيذاً عينياً بالحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية.

ويشترط أن يكون هذا التنفيذ العيني لالتزام البائع بنقل الملكية ممكـناً، فـإن كان مستحيلاً، فلا تنتج الدعوى أثرها، ويكون الأمر كذلك إذا لم يكن للبائع سلطة التصرف في ضوء ولايته .

وبـناءاً على ذلك، إذ لم يكن البائع مالكاً للمبيع، أو كان مالكاً لـه ولكـنه تـصرف في العقار لآخر وقام المتصرف إليه بتسجيل التـصرف (البـيع) وانـتقلت إليه الملكية، فلا يكون التنفيذ العينـي

---

(٢٩) نقـض مدنـي : ١٩٨٠/٤/٢٣ - مجموعة أحكام النقض - س ٣١ - ص ١١٩٣، ١٩٩٧/١١/٢٥ - مجمـوعة أحكام النقض - س٤٨ - ع٢ - رقم ٢٤٣ - ص ١٣١٢ .

- وقد استقرت محكمة النقض على ذلك .

ممكناً ولإيجاب المشتري إلى طلبه، ويتعين الحكم برفض الدعوى التي رفعها (دعوى صحة التعاقد)، لأن الحكم فيها لصالحه لن يكون مجدياً، ولا يكون للمشتري سوى الرجوع على البائع بالتعويض[٣٠].

ويثار تساؤل في هذا الصدد هو : هل يحق للبائع نفسه أن يدفع دعوى صحة التعاقد المرفوعة عليه من المشتري - أو ورثته - استناداً إلى عدم ملكيته للمبيع ؟

يجيب الفقه على ذلك بالنفي، استناداً إلى المادة / ٤٦٦/١ مدني والتي تجعل حق التمسك بإبطال بيع ملك الغير للمشتري وحده دون البائع، بينما تجيب محكمة النقض بالإيجاب إذ ترى أن دعوى صحة التعاقد تتسع لبحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع سواء كانت المنازعة من البائع أو من ذي صاحب مصلحة[٣١].

---

(٣٠) نقض مدني : ١٩٦٩/٤/٨ - منشور لدى المستشار / سعيد شعلة : المرجع السابق - رقم ٢٣ - ص ١٨٧ .

(٣١) نقض مدني : ١٩٦٩/٢/٢ - مرجع المستشار سعيد شعلة - رقم ١٧ - ص ١٨٥ .

ويقدم البعض تبريراً لهذا القضاء يتمثل في أن رفض الدعوى في هذه الحالة، لا يكون بسبب أن بيع ملك الغير قابل للإبطال، إذ الإبطال من حق المشتري وحده وهو الذي يرفع دعوى صحة التعاقد فيكون رفعه لها إجازة للعقد، وإنما يكون رفض الدعوى لسبب آخر هو أن هذا البيع غير نافذ في نقل الملكية للمشتري، ودعوى صحة التعاقد لا تقبل إلا إذا كان من شأن البيع المتمسك به فيها نقل الملكية، ويستوي في ذلك أن يتدخل المالك الحقيقي في الدعوى أو لا يتدخل [٣٢].

وللمالك الحقيقي مصلحة في التدخل في دعوى صحة التعاقد، لإقرار ملكيته للمبيع، ومن ثم يجوز له دفع الدعوى بأن البائع ليس هو المالك، وفي هذه الحالة على محكمة الموضوع المنظور أمامها الدعوى ألا تحكم بصحة التعاقد إلا بعد الفصل في الملكية، وهنا لا توقف الدعوى حتى يفصل في الملكية، وإنما يجب الفصل في مسألة الملكية في الدعوى ذاتها [٣٣].

---

(٣٢) د/ محمد السعيد رشدي : ص ١٠٩، نقض مدني : ١٩٦٨/١١/٢١ – والأحكام الأخرى المشار إليها بهامش ٢٨ - ص ١٠٩، ص ١١٠ .

(٣٣) انظر في ذلك : د/ شكري سرور : هامش ٨ – ص ٣٥٦ . والمراجع والأحكام المشار إليها .

الشرط الرابع : أن يتم شهر صحيفة الدعوى :

اشـــترط المـــشرع لقبول دعوى صحة التعاقد على حق من الحقــوق العينية العقارية، أن يتم شهر صحيفتها (مادة / ٦٥/٢ من قانـــون المـــرافعات، والمضافة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١) . وقد أكد المشرع ذلك، بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ .

والذي حدا بالمشرع إلى هذا الاشتراط هو رغبة المشرع في تقلـــيل عدد القضايا الخاصة بصحة ونفاذ عقود البيع، وحث الأفراد علـــى تـــسجيل التـــصرفات الواردة على العقارات لتحقيق استقرار الملكـــية العقارية،وضـــمان الـــوفاء بالرســـوم الواجبة للدولة نظير التـــسجيل، وذلـــك بعـــد أن لاحظ المشرع أن أغلب المتعاملين في الحقــوق العينـــية العقارية وخاصة عقود بيع العقارات يحجمون عن تـــسجيل الحقـــوق التي تلقوها كما يوجب ذلك قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦(٣٤).

وهكذا فإن تسجيل صحيفة الدعوى يعد إجراءاً لازماً لقبولها، وبالتالي للحكم بصحة ونفاذ عقد البيع لصالح المشتري .

---

(٣٤) د/ عـبد الفـتاح عبد الباقي : عقد البيع – ١٩٥٦ – ص ١٥٠، ص ١٥١، د/ السنهوري : هامش ٢ – ص ٤٢٦ ، ص ٤٢٧ .

(ج) الأثر المترتب على الدعوى :

قد يصدر حكم في الدعوى لصالح المشتري وهو الغالب، وقد يـرفض طلب المشتري ومن ثم يصدر الحكم برفض طلب المشتري الخاص بصحة عقد البيع ونفاذه، إذا لم تتوافر شروط نجاح الدعوى التـي تقدم ذكرها . والأصل، في حالة صدور حكم لصالح المشتري بـصحة عقـد البـيع ونفاذه، أن هذا الحكم يقوم مقام التنفيذ العيني الاختياري لالتزام البائع بنقل الملكية .

غير أن المشرع قد اشترط لكي ينتج الحكم هذا الأثر، أن يتم تسجيله، وبهذا التسجيل تنتقل الملكية إلى المشتري، والذي يسجل هو الحكـم لا العقـد، ما لم يكن الحكم يحيل إلى العقد فيسجل معه العقد باعتـباره مـن مكملات الحكم وملحقاته، ويجب أن يرفق المشتري بـالحكم عند شهره المستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع، وفـي هـذا الفرض لا تكون هناك حاجة إلى تدخل البائع، وإذا كان المـشتري قد أرفق بمستندات دعواه ما يثبت ملكية البائع، ففي هذه الحالـة يكفـي تقديم الحكم وحده للتسجيل دون حاجة إلى مستندات أخرى[٣٥].

---

(٣٥) نقض مدني : ١٩٥٢/٥/٨ – مجموعة أحكام النقض – س٣ – رقم ١٥٧ – ص ١٠٤٦، ١٩٧٠/٢/٣ – منشور لدى المستشار / سعيد شعلة – رقم ٢٥ – ص ١٨٨ .

ونظراً لما يستلزمه صدور حكم لصالح المشتري في الدعوى من وقت ليس بالقصير، ولما كانت الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل هذا الحكم، وقد يكون في الانتظار حتى صدور الحكم وتسجيله خطراً على حقوق المشتري وانتقال ملكية المبيع إليه، إذا عمد البائع – بدافع خصومته للمشتري– إلى التصرف في العقار المبيع مرة ثانية قبل صدور الحكم في الدعوى، وقيام المشتري الثاني بتسجيل عقده، ويمتنع بالتالي على القاضي أن يحكم بنفاذ البيع الأول، مما يفقد دعوى صحة التعاقد كل أهميتها من الناحية العملية، لذا فقد أوجب المشرع لدرء هذا الخطر اتخاذ إجراءين هما : تسجيل دعاوي صحة التعاقد على جقوق عينية عقارية (مادة / ١٥ من قانون الشهر العقاري)، والتأشير بمنطوق الحكم النهائي في هامش تسجيل الدعوى (مادة / ١٦ من قانون الشهر العقاري)، ويترتب على اتخاذ هذين الإجراءين إمكان الاحتجاج على الغير بالحكم الصادر في الدعوى وذلك بأثر رجعي يستند إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، مما يعني تفضيل المشتري رافع الدعوى على المشتري الثاني الذي تصرف له البائع بعد تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بمنطوق الحكم النهائي فيها، ولو كان التصرف قد تم قبل صدور الحكم في الدعوى، وحتى لو كان المتصرف إليه (المشتري

الثاني) حسن النية [٣٦].

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة قيام مشتريان لذات العقار من نفس البائع بتسجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع، وصدور حكم لكل منهما في دعواه، يتم تفضيل الأسبق منهما في تسجيل صحيفة دعواه بشرط شهر الحكم الصادر له [٣٧].

وقد لاحظ المشرع أن معظم المشترين يكتفون بتسجيل صحف دعاوي صحة التعاقد، ولا يهتمون بالمسارعة إلى تسجيل الأحكام النهائية التي تصدر فيها أو التأشير بمنطوقها في هامش تسجيل الصحيفة، نظراً لأنهم لن يضاروا من تراخيهم في تسجيل الحكم أو التأشير به مهما طال الزمن، حيث أنهم يحتفظون بالأسبقية التي اكتسبوها بتسجيل صحف الدعاوي، ولما كان ذلك لا يحقق استقرار المعاملات العقارية، لذا فقد تدخل المشرع وعدل المادة / ١٧ من قانون الشهر العقاري وذلك بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦،

---

(٣٦) راجع : د/ السنهوري : ص ٤٢٩ ، ص ٤٣٠ .

- وقد أضاف المشرع بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ مادة جديدة برقم ١٢٦ مكرر إلى قانون المرافعات، نصها كالتالي : " لا يقبل الطلب العارض أو طلب التدخل إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا تم شهر صحيفة هذا الطلب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أثبت فيه " .

(٣٧) د/ شكري سرور : ص ٣٥٩، والمراجع المشار إليها بهوامش ٤ : ٩ .

وبموجــبه أصــبح الاحــتفاظ بالأسبقية المكتسبة من تسجيل صحيفة دعــوى صحة التعاقد مشروطاً بالتأشير بالحكم الصادر في الدعوى خــلال خمــس سنوات من تاريخ صيرورته نهائياً، وإلا زال الأثر الرجعــي وفقــد المــشتري الأسبقية التي اكتسبها من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، مما يعني أنه لا يحتج بهذه الأسبقية ضد من ترتبت لهــم حقــوقاً عينية على ذات العقار المبيع في تاريخ لاحق لتسجيل الصحيفة(٣٨).

(٢) دعوى صحة التوقيع :

قد يقنع المشتري بدعوى أكثر يسراً من دعوى صحة التعاقد، ولكــنها أقــل منها شأناً، هي دعوى صحة التوقيع، والتي برزت في الواقــع العملي مقتبسة من دعوى تحقيق الخطوط الأصلية المعروفة في قانون المرافعات .

---

(٣٨) د/ شكري سرور : ص ٣٥٩ : ص ٣٦١ .
- ويلاحــظ أن شــهر الحكم كله يغني عن التأشير بمنطوقه على هامش تــسجيل الصحيفة، إذ أن هذا الشهر يتضمن كل بيانات التسجيل الهامشي ويزيد عليه، انظر : نقض مدني : ١٩٨١/٤/٢٩ – مذكور لدى المستشار / سعيد شعلة – رقم ١٠٩ – ص ٢٢٤ .

وفـــي هـــذه الدعوى، يقوم المشتري باختصام البائع ليقر أن الـــورقة العرفية بالبيع موقعة بإمضائه أو بختمه أو ببصمة إصبعه، وذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة للدعاوي (٣٩).

فإذا حضر البائع وأقر أو سكت أو لم ينكر توقيعه أو لم ينسبه إلـــى سواه، اعتبرته المحكمة مقراً بتوقيعه على الورقة المثبتة للبيع، وتكون جميع مصروفات الدعوى على المشتري . أما إذا لم يحضر الـــبائع حكمـــت المحكمـــة في غيبته بصحة التوقيع، ويجوز له أن يعارض في هذا الحكم في كل الأحوال(٤٠).

وإذا حـــضر الـــبائع وأنكر التوقيع أو نسبه إلى سواه، اتخذت المحكمة إجراءات تحقيق التوقيع والحكم بصحته أو برد الورقة وفقاً لمواد قانون الإثبات (المواد من ٣٠ : ٤٨) .

---

(٣٩) فالعبـــرة بالأسبقية في تسجيل الصحيفة وليست بالأسبقية في شهر الحكم، وإذا فـــرض وســـجل كلاهمـــا صـــحيفة دعواه في ذات اليوم وذات الساعة، كانـــت الأفـــضلية بيـــنهما بأسبقية رقم تسجيل صحيفة الدعوى بشرط شهر الحكـــم الـــصادر فـــيها، راجع : د/ شكري سرور : ص ٣٦١، وهامش ٤، ونقـــض مدنـــي : ١٥/٥/١٩٥٨ ! – لـــدى المستشار سعيد شعلة – رقم ٥٦ – ص ١٧٢ .

(٤٠) انظر في ذلك : د/ شكري سرور : ص ٣٦٢ .

ومتى صدر الحكم بصحة التوقيع -سواء بإقرار البائع أو بعد التحقيق- اعتبر عقد البيع العرفي والحكم بصحة التوقيع بمثابة عقد بيع مصدق فيه على الإمضاء، فإذا سجلا معاً انتقلت الملكية إلى المشتري[٤١].

ويقتصر موضوع دعوى صحة التوقيع على مجرد بحث مسألة صدور التوقيع من البائع من عدمه، فلا يطلب من المشتري إلا إثبات صحة توقيع البائع على الورقة العرفية، ولا يجوز للبائع بعد ثبوت صحة توقيعه أن يطعن في البيع لأي سبب، لأن هذه الطعون محلها دعوى صحة التعاقد، ذلك لأن الحكم بصحة التوقيع لا يعني سوى أن التوقيع الموجود على عقد البيع هو توقيع البائع، فلا يفيد أن البيع صحيح ونافذ، وبالتالي فإن تسجيل البيع مصحوباً بحكم صحة التوقيع لا يمنع البائع من الطعن بعد ذلك في هذا البيع بدعوى مستقلة يرفعها على المشتري[٤٢].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن : " من المقرر أن الحكم الصادر بصحة التوقيع تقتصر حجيته على صحة التوقيع ولا يتعدى أثره إلى صحة التزامات الطرفين الناشئة عن العقد، وأن عدم توقيع الطاعنة على العقد لا يستتبع بطريق اللزوم أن التصرف

---

(٤١) د/ السنهوري : ص ٤٣١ .

(٤٢) نفس الإشارة .

المثبت فيه لم يصدر منها، ومن ثم فإن الحكم السابق لا يمنع من نظر دعوى صحة انعقاد البيع لاختلاف موضوع كل من الدعويين[٤٣].

كما قضى أيضاً بأن : " دعوى صحة التوقيع يمتنع على القاضي فيها التعرض للتصرف المدون في الورقة من جهة صحته أو بطلانه ونفاذه، فالحكم الصادر فيها لا ينصب إلا على التوقيع الموقع به على الورقة، وتسجيل الحكم بصحة التوقيع هو تسجيل للعقد ذاته ولا يمنع أطرافه من التمسك من بعد ببطلانه "[٤٤].

---

(٤٣) وكانت هذه الدعوى تستعمل كوسيلة للغصب وأكل أموال الناس بالباطل، إذ يتواطأ شخصان على كتابة ورقة عرفية يبيع فيها أحدهما للآخر عقاراً مملوكاً للغير، ثم يرفع المشتري دعوى صحة التوقيع فيقر البائع بصحة توقيعه أو لا يحضر أمام المحكمة، فيحصل المشتري على حكم بصحة التوقيع يسجله مع عقد البيع العرفي، لهذا فلم يذكر قانون الشهر العقاري دعاوي صحة التوقيع من بين الدعاوي التي تسجل صحائفها، وقد امتنعت مكاتب الشهر عن شهر أي حكم بصحة التوقيع بعد أول يناير ١٩٤٧ حتى ولو كانت قد أقيمت قبل هذا التاريخ، إذ كان من الميسور للمدعي فيها تعديل طلبه إلى صحة التعاقد الصادر إليه إ كان جاداً في دعواه .

- راجع في ذلك : د/ محمود شوقي : الشهر العقاري علماً وعملاً - ص ١٩٣ .

(٤٤) د/ السنهوري : ص ٤٣٢ ، ص ٤٣٣ .

وتـــرفع دعـــوى صـــحة التوقيع من المشتري أو ورثته على الـــبائع أو ورثـــته في حالة موت البائع، وهنا إذا أنكر الورثة توقيع المـــورث على عقد البيع وأنكروا خط مورثهم في الورقة كلها، فلا يجـــوز للمـــشتري أن يثبت صحة توقيع المورث إلا عن طريق خط الـــبائع أو إمضاءه أو ختمه أو بصمة إصبعه الموضوع على أوراق رسمية، وذلك في ضوء نص المادة / ٣٧ من قانون الإثبات .

ويـــتقادم حق المشتري – أو ورثته – في رفع دعوى صحة التوقيع بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ توقيع الورقة(٤٥).

وأخيـــراً، فإن دعوى صحة التوقيع ليست من الدعاوي التي تـــسجل صـــحفها، إذ لم ينص قانون الشهر العقاري على ذلك، وإذا ســـجلت فـــلا يكون لتسجيلها أثر من ناحية عدم الاحتجاج بتصرف يصدر من البائع(٤٦).

وفـــضلاً عـــن طلب التنفيذ العيني الجبري لالتزام البائع بنقل الملكـــية، فـــإن للمـــشتري مطالبة البائع بالتعويض إذا استحال تنفيذ

---

(٤٥) نقـــض مدنـــي : ١٩٨٠/١/٣١ – مجمـــوعة أحكـــام الـــنقض – س ٣١– ص ٣٦٦.

(٤٦) نقض مدني : ١٩٥٢/٣/٦ – مجموعة أحكام النقض – س ٣ – ص ٦٤٠، ١٩٧٤/١١/١٩ – س٢٥ –ص ١٢٥٠ .

الإلتزام بنقل الملكية عيناً . (٤٧)

ثانياً : آثار عقد البيع العقاري بعد التسجيل :

تقـدم أن عقـد البـيع العقـاري غير المسجل عقد صحيح ونافذ،ويرتب كل آثاره فيما عدا نقل الملكية إلى المشتري، والذي لا يتم إلا بالتسجيل . ولكن إذا سجل عقد البيع العقاري أو سجل الحكم الـصادر بصحته ونفاذه، وانتقلت الملكية إلى المشتري، فليس معنى ذلـك أن التـسجيل بذاته هو الذي ينقل الملكية، دون أن يكون للبيع نفـسه أي دور في هذا النقل، ذلك لأن عقد البيع هو الأساس في نقل الملكـية، والتسجيل إجراء يضاف إليه لكي ينتج أثره الكامن فيه منذ البداية، ومن ثم يتوقف ثبوت الحق للمشتري نهائياً على مصير عقد البيع ذاته، فلا بد أن يكون العقد ذاته صحيحاً وصادراً من مالك، فإذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال لأي سبب، وقضى بإبطاله فإن الملكية لا تنـتقل إلـى المشتري حتى لو تم تسجيل العقد، كذلك الحال إذا كان العقـد صـورياً، لأنه يعد غير موجود، والتسجيل لا يمنع من إثبات صـورية العقد المسجل، كما أن تسجيل البيع لا يمنع البائع من طلب الفـسخ لعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن مثلاً، فإذا قضى له بالفسخ، عادت الملكية إلى البائع بأثر رجعي وفقاً للقواعد العامة في الفسخ[٤٨].

---

(٤٧) نقض مدني : ١٩٥٢/٣/١٣ – مجموعة أحكام النقض – س٣ – رقم ١١٠ – ص ٦٤٠ .

(٤٨) د/ جابر محجوب : ص ٢٩٧ ، ص ٢٩٨ .

ونشير في آثار عقد البيع العقاري بعد تسجيله إلى مسألتين هما :

المسألة الأولى : انعدم الأثر الرجعي للتسجيل :

وفقاً للرأي الغالب في الفقه والقضاء فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا من وقت تسجيل عقد البيع، وبالتالي فليس للتسجيل أثر رجعي، فالملكية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل ومن وقت التسجيل وليس من وقت إبرام عقد البيع [٤٩].

ويستند هذا الرأي إلى أن نص المادة /٩ من قانون الشهر العقاري قد جاء مطلقاً بحيث يسوي بين المتعاقدين والغير ويجعل التسجيل إجراءً لازماً لانتقال الملكية، وهي تنتقل من وقت التسجيل، فضلاً عن أن المشرع عندما يريد أن يجعل للتسجيل أثراً رجعياً، فأنه ينص على ذلك صراحة، مثلما فعل بصدد تسجيل دعوى صحة ونفاذ عقد البيع في المادة / ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري، أضف إلى ذلك أن هذا الرأي يتفق مع الحكمة من اشتراط التسجيل، ويحقق استقرار الملكية العقارية، هذا إلى جانب ما استقرت عليه محكمة النقض من أنه ليس للتسجيل أثر رجعي في نقل الملكية فيما

---

(٤٩) راجع في ذلك بالتفصيل : أستاذنا الدكتور / شكري سرور : ص ٣٦٥ وما بعدها .

بين المتعاقدين، إذ لا تنتقل فيما بينهما إلا من وقت التسجيل (٥٠).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن : " الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع، كما أن الأصل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن التسجيل لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية أو أي حق عيني آخر على عقار ونقله، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضي، ولا يحتج على ذلك بأن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقاري أجاز بالمادتين ١٥، ١٧ منه تسجيل صحف دعاوي صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل صحائفها انسحاب أثر هذا التأشير إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، لأن تقرير هذا الأثر ورد على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوي قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد

---

(٥٠) د/ محمد السعيد رشدي : ص ١١١، نقض مدني : ١٩٥٦/٢/٩ – مجموعة أحكام النقض – س٧ – ص ٢٠٥، ١٩٦٥/٥/٢٧ – س ١٦ – رقم ١٠٥ – ص ٦٥٥ .

تسجيل صحيفة الدعوى، وهذا استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه "[٥١].

ومـع ذلـك ذهـب نفر قليل من الفقهاء إلى أن للتسجيل أثر رجعـي فيما بين المتعاقدين، ولكن ليس له هذا الأثر بالنسبة للغير، غيـر أن هذا الرأي لم يكتب له النجاح في الفقه، ويخالف ما استقر عليه قضاء النقض[٥٢].

المسألة الثانية :أساس التفضيل عند تزاحم المشترين : هل يكفي سبق التسجيل أم يتعين توافر حسن نية المشتري ؟

فـي البداية هناك فرض يجب استبعاده في هذا الصدد يتعلق بتوالي البيوع على عقار واحد، وذلك عندما يبيع مالك العقار عقاره لمـشتر، ثـم يقوم هذا الأخير ببيعه إلى مشتر ثان يقوم بدوره ببيعه لمـشتر ثالـث وهكـذا، ففـي هذه الحالة لا يستطيع المشتري من المشتري الأول تسجيل عقده إلا إذا كان عقد المشتري الأول مسجلاً.

---

(٥١) علـى سـبيل المثال راجع : د/ عبد المنعم البدراوي : بند ٢٠٩، د/ خميس خـضر : ص ١٤٣، د/ أنور سلطان : بند ٩٩، د/ شكري سرور : ص ٦٩ وما بعدها، د/ جابر محجوب : ص ٣١٨ .

(٥٢) فـي عـرض هـذه الأساليب أو الحجج تفصيلاً راجع : د/ السنهوري : ص ٤٤٧ وما بعدها، د/ جابر محجوب : ص ٣١٣ وما بعدها .

أمــا التزاحم الذي نقصده، فيمكن أن يتحقق في فرضين هما: التزاحم بين المشترين من بائع واحد، وتنازع المشتري من المورث والمشتري من الوارث، وذلك كالتالي :

(١) التزاحم بين المشترين من بائع واحد :

العبرة في التفضيل عند تزاحم أو تعدد المشترين لذات العقار من بائع واحد، هي بأسبقية التسجيل، فمن سجل عقده أولاً تخلص له الملكــية، العبــرة إذاً ليست بتاريخ انعقاد البيع وإنما بتاريخ تسجيله، فيفــضل المــشتري الذي سجل عقده أولاً، ولو كان عقده لاحقاً على عقد المشتري أو المشترين الآخرين .

ويــشترط لتطبــيق قاعــدة التفــضيل علــى أساس أسبقية التسجيل، ثلاثة شروط هي :

أ – أن تكون البيوع كلها صادرة من مالك واحد : فلو كان أحد هذه البــيوع صادراً من مالك والأخرى من غير مالك، فلا تطبق قاعدة الأفضلية وتكون الملكية للمشتري من المالك حتى ولو كان المشتري من غير المالك قد تمكن – بطريقة ما – من تسجيل عقده، كما يجب أن تكون جميع البيوع صادرة من مالك واحد، لأنها لو كانت صادرة من ملاك متعددين، فلا تثور مسألة التزاحم بين المشترين أصلاً .

ب – أن تكون جميع البيوع واردة على عقار واحد، وتتعلق بملكيته أو تقرير حق عيني أصلي عليه في مجمله، إذ لو كان محل البيوع

عقـــارات مختلفة يملكها البائع فلا تثور مشكلة، كما أنه إذا كان كل بـــيع ينصب على ملكية جزء من العقار، وكان هذا العقار مجزءً أو قـــابلاً للتجزئة، فلا مشكلة أيضاً . إذ المهم في هذا الصدد أن تكون البـــيوع متعارضـــة فيما بينها بحيث لا يمكن أن تكون نافذة كلها في ذات الوقت .

ج - أن يكون البيع الأسبق بيعاً صحيحاً : ذلك لأنه يشترط لتطبيق القاعـــدة أن تكون البيوع المتعارضة صالحة جميعاً لنقل الملكية إذا سجلت، فإذا كان البيع الذي سجل أولاً باطلاً أو قابلاً للإبطال وحكم بإبطاله، أو كان بيعاً صورياً، فلا عبرة بأسبقية تسجيله(٥٣).

د- ولكن هل يشترط حسن نية المشتري الذي سجل عقده أولاً، أم لا يشترط ذلك لتطبيق قاعدة الأفضلية ؟

تقتضي الإجابة على هذا التساؤل، أن نعرض لموقف المشرع المـــصري مـــن هـــذه المسألة في قوانين التسجيل والشهر العقاري، ولآراء الفقه والقضاء حول المسألة المطروحة، وذلك كما يلي :

مـــرت المـــسألة المثارة بعدة مراحل في التشريع المصري، واختلف رأي الفقه والقضاء في كل مرحلة كالتالي(٥٤) :

---

(٥٣) نقـــض مدنـــي : ١٩٧٨/٦/٢٧ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٩ - ص ١٥٧٠.

(٥٤) مـــن القائلين بهذا الرأي : العلامة السنهوري : ص ٤٥٠ وما بعدها، وانظر في حجج هذا الرأي بالتفصيل : ص ٤٥٢ وما يليها .

١ – في ظل التقنين المدني القديم :

كانت المادة / ٢٧٠ من ذلك التقنين تقضي بأن ملكية العقار تنتقل إلى المشتري في علاقته بالبائع ولو لم يسجل العقد، ولكن ذلك لا يحتج به على الغير الذين لهم حقوق عينية على العقار المبيع إلا بتسجيل هذا العقد متى كانت حقوق هؤلاء على العقار مبنية على سبب صحيح محفوظ قانوناً، وكانوا لا يعلمون ما يضر بها، والعبارة الأخيرة كانت في الحقيقة ترجمة غير دقيقة للنص الفرنسي المقابل لهذه المادة والذي كان يعبر عن هؤلاء الغير بقوله : " Qui Sont de bonne foi " أي الذين هم حسنوا النية(٥٥).

ورغم أن النص يتحدث عن حسن نية الغير، وليس عن حسن نية المشتري، إلا أن الرأي الراجح في ظل التقنين المدني السابق كان يشترط حسن نية المشتري الثاني الأسبق في التسجيل لكي يستطيع الاحتجاج بالأسبقية في التسجيل في مواجهة المشتري الأول . غير أنهم اختلفوا بعد ذلك في تحديد المقصود بحسن النية في هذا الصدد، فذهب البعض إلى أن ذلك يعني عدم علم المشتري الثاني بالبيع الذي صدر للمشتري الأول على ذات العقار، في حين اشترط

---

(٥٥) د/ جابر محجوب : ص ٣٢٠ .

البعض ألا يكون المشتري الثاني متواطئاً مع البائع للإضرار بحقوق الغير ومنهم المشتري الأول، فإذا لم يكن المشتري الثاني متواطئاً مع البائع على هذا النحو، فإنه يستفيد من أسبقية التسجيل[٥٦].

في ظل قانون التسجيل :

ألغى قانون التسجيل الصادر عام ١٩٢٣ المادة / ٢٧٠ السابقة، ونص في المادة الأولى منه على أن التصرفات المنشئة لحقوق عينية عقارية (ومنها عقد البيع) يجب تسجيلها، وإلا فإن هذه الحقوق لن تنشأ ولن تنتقل أو تتغير أو تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . غير أن هذا القانون لم يشترط حسن نية المشتري الثاني الذي سجل عقده، في حين أنه اشترط ألا تكون التصرفات المقررة لحقوق عينية عقارية قد داخلها التدليس وذلك في المادة الثانية منه .

واستقر الرأي على أن قانون التسجيل لم يعتد بعلم المشتري الثاني عند تسجيل عقده بسبق صدور تصرف آخر من المتصرف على ذات العقار، فهذا العلم لا يؤثر في التسجيل ولا يمنع من انتقال الملكية إلى المشتري الثاني[٥٧].

---

(٥٦) حول هذا الموضوع بالتفصيل.راجع : د/ شكري سرور : ص ٣٧٤ وما بعدها.

(٥٧) د/ السنهوري: ص ٣٧٥ .

إلا أن الـــرأي قـــد اختلف حول أثر التواطؤ (أي التدليس أو الغـــش) علـــى سبق التسجيل بالنسبة للتصرفات المنشئة ومنها عقد البـــيع، فـــذهب الـــبعض إلـــى أن شرط عدم التدليس قد ورد بشأن التـــصرفات المقـــررة ولا يـــسري فيما يخص التصرفات المنشئة، وبالتالـــي يتم تفضيل المشتري الثاني الذي سجل عقده أولاً ولو كان متواطـــئاً مع البائع للإضرار بالمشتري الثاني، وقد استند هذا الرأي أيـــضاً إلى عدة حجج أهمها أن الحاجات العملية وضرورة استقرار الملكية العقارية تقتضي الاعتداد بأسبقية التسجيل بصرف النظر عن حـــسن أو ســـوء النـــية فيه، فضلاً عن أن المشرع قد قصد بقانون التـــسجيل أن يكـــون بذاتـــه ناقلاً للملكية ومطهراً العقد المسجل من العيوب التي قد تشوبه (٥٨).

بينما ذهب البعض الآخر إلى أن ثبوت التواطؤ بين المشتري الثانـــي الـــذي سجل عقده أولاً وبين البائع للإضرار بالغير (ومنهم المـــشتري الأول) يترتب عليه بطلان أثر التسجيل وعدم الاحتجاج به في مواجهة المشتري الأول . وقد استند هذا الرأي إلى عدة حجج أهمها أن شرط عدم الغش يمثل مبدأ عاماً من المبادئ الأولية للقانون

---

(٥٨) راجع حول هذه الآراء تفصيلاً : د/ سليمان مرقس : المرجع السابق – ص ٢٩٦ وما بعدها، والمراجع المشار إليها بهامش ١ ، ٢ – ص ٢٩٦ .

وهـو أن الغش يبطل التصرفات، ولا يجوز اعتبار سكوت المشرع عـن النص على عدم التدليس بشأن التصرفات المنشئة استبعاداً لهذا المـبدأ العـام، هذا إلى جانب أنه يجب القول ببطلان التسجيل الذي يكـون صـاحب المصلحة فيه قد أجراه بسوء نية، قياساً على حالة بطلان تسجيل العقد الذي ثبتت صوريته أو حكم ببطلانه أو بإبطاله، فـضلاً عن أنه ليس من العدل ألا يكون للتواطؤ أي جزاء وهو يعد عمـلاً غير مشروع، ويجب تعويض المشتري الأول وخير تعويض لـه هـو الـتعويض العيني الذي يتمثل في إبطال التسجيل الذي تم وإزالـة مـا تـرتب عليه من أفضلية حتى يستطيع المشتري الأول تسجيل عقده(٥٩).

غير أن الرأي الأول هو الذي ساد في الفقه والقضاء، وأقرته محكمـة الـنقض، ومن ثم فالعبرة بأسبقية التسجيل دونما نظر إلى الغش أو التواطؤ أو سوء النية(٦٠).

---

(٥٩) مشار إليه لدى د/ سليمان مرقس : هامش ٣ - ص ٢٩٦ .

(٦٠) راجع الأحكام المشار إليها لدى د/ سليمان مرقس : هامش ١ - ص ٢٩٧، د/ شكري سرور : ص ٣٧٦، ص ٣٧٧ .

٣- في ظل قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ :

لم يتعرض هذا القانون لشرط حسن النية، وقد كان هذا المسلك مقصوداً كما تفصح عن ذلك المذكرة الإيضاحية، والتي تقول : " وفي صدد التدليس لم ير محلاً للنص عليه لا بالنسبة للتصرفات المقررة للحقوق العينية ولا بالنسبة للتصرفات المنشئة لهذه الحقوق اكتفاءً بتطبيق أحكام القواعد العامة في هذا الشأن(٦١).

وإزاء هذا المسلك اختلف الفقهاء والقضاء حول مدى تطلب حسن النية للاحتجاج بالأسبقية في التسجيل، وظهرت ثلاثة آراء :

الأول : يرى أن علم المشتري الثاني بالبيع الأول ينفي عن هذا المشتري حسن النية، ويؤدي إلى عدم جواز الاحتجاج بسبق التسجيل. ويستند هذا الرأي إلى عدة حجج أهمها أن نص المادة ١٧/ ٢ من قانون الشهر العقاري في شأن شرط حسن النية قد ورد مطلقاً من غير قيد، فوجب أن يكون معيار سوء النية هو العلم البسيط، فضلاً عن أن التفرقة بين العلم والغش (أو التواطؤ) إنما هي أمر نظري فقط، وفي غالب الحالات التي يكون فيها المشتري عالماً بالبيع الأول، فإن مساهمته مع البائع في الغش أمر يستنتج

---

(٦١) مشار إليه لدى د/ سليمان مرقس : ص ٢٩٧، وهامش ١، وراجع د/ شكري سرور : ص ٣٧٧، ص ٣٧٨ .

بالـضرورة لاسـيما إذا تبين لهذا المشتري الثاني أن عقد المشتري الأول لازال قائماً وأنه ليس محلاً للطعن[٦٢].

والـرأي الثاني: يذهب إلى أن حسن النية اللازم توافره للاحتجاج بأسـبقية التـسجيل يعني ألا يكون المشتري الثاني متواطئاً: ويستند هـذا الـرأي إلى عدة حجج هي في معظمها نفس الحجج التي استند إليها الرأي المماثل له في ظل قانون التسجيل، ولهذا نحيل إليها منعاً للتكرار[٦٣]. ويضيفون إليها أن المادة /١٥ لم تحدد مدلول حسن نية الغيـر فـي شـأن الـدعاوي المذكورة فيها، ولا يوجد ما يمنع من اختلاف هذا المدلول باختلاف هذه الدعاوي فيكون المقصود به عدم العلـم بالـسبب الذي تستند إليه الدعاوي وذلك بالنسبة إلى دعاوي الـبطلان أو الفـسخ أو مـشابههما، في حين يعني حسن النية انتفاء الغش أو التواطؤ بالنسبة لدعوى صحة التعاقد، وهذا المعنى الأخير يعد تطبيقاً للقواعد العامة[٦٤].

---

(٦٢) انظـر فـي الـرد علـى حجـج الـرأي الثانـي وتفنيدها: د/ سليمان مرقس – ص ٢٩٨.

(٦٣) وكـان ذلـك نتـيجة اخـتلاف أعـضاء اللجنة المكلفة بوضع القانون حول تطلب أو عـدم تطلـب هـذا الـشرط، فـرؤي تجنب الإشارة إلى التدليس في نصوص القانـون وتـرك الأمـر للقـواعد العامـة، انظـر: د/ محمود شوقي: المرجع السابق – ص ٣١٢، ص ٣١٣.

(٦٤) راجـع علـى سـبيل المـثال: د/ أنور سلطان: المرجع السابق – بند ٣٠٧، د/ محمـود جمـال الـدين زكـي: في رسالته بالفرنسية وعنوانها: "حسن النية في اكتساب الحقوق في القانون الخاص" – ط ١٩٥٢ – القاهرة – بند ٢٣٤.

والرأي الثالث : لا يعتد بسوء النية ولو وصل إلى مستوى التواطؤ، إذ تكـون العبرة بأسبقية التسجيل رغم الغش أو التواطؤ، وقد ذهبت محكمـة الـنقض إلى هذا الاتجاه في ظل قانون التسجيل ولا تزال متمسكة به في ظل قانون الشهر العقاري، فلا يؤثر في رأيها لا علم المـشتري الثاني بالبيع الأول، ولا حتى تواطئه مع البائع للإضرار بالمشتري الأول، فكلا الأمرين لا يؤثران على ما ترتبه الأسبقية في التسجيل من أفضلية للمشتري الثاني(٦٥).

وقد أخذ جانب كبير من الفقه بالاتجاه الذي تسير عليه محكمة النقض(٦٦).

ولاشـك أن الرأي الذي تأخذ به محكمة النقض ويؤيده جانب مـن الفقه، هو الذي يتمشى مع وجوب دعم نظام التسجيل، ويساعد على استقرار الملكية العقارية(٦٧).

غيـر أن هذا الرأي قد تعرض للنقد من جانب بعض الفقهاء، حيث يرون(٦٨) :

---

(٦٥) انظر ما سبق : ص ١٨٤ .

(٦٦) انظر في ذلك : د/ شكري سرور : ص ٣٨٦، ص ٣٨٧ .

(٦٧) انظـر علـى سبيل المثال : نقض مدني : ١٩٥٤/٥/١٣ – مجموعة أحكام النقض – س٥ – رقم ١٢٨ – ص ٨٥٦، ١٩٥٨/٤/٣ – س٩ – ص ٣٣٠، ١٩٧٠/٤/٧ – س ٢١ – ص ٥٨١ .

(٦٨) منهم على سبيل المثال : د/ سليمان مرقس : ص ٣٠٢ وما بعدها، د/ جميل الشرقاوي : ص ١٨١ .

١- أنه رأي مغالى فيه، بل ويصل إلى حد التطرف، وذلك بإهداره أي تأثير لسوء النية ولو تمثل في الغش والتواطؤ .

٢- كما أن هذا وإن جاز أن يصح في ظل قانون التسجيل في ظل وجود نص كان يمكن أن يستنتج منه بمفهوم المخالفة، فإنه لا يجوز الآن في ظل قانون الشهر العقاري والذي خلا من نص مماثل .

٣- أنه إذا كان العلم بالبيع الأول لا ينفي بالضرورة حسن نية المشتري الثاني، فإن التواطؤ ينفي حسن النية بالضرورة، والمبادئ العامة تقضي بعدم التسليم بسلامة التسجيل في عقد هو ثمرة للتدليس والتواطؤ، فالتواطؤ أو الغش يُفسد أي تصرف .

٤- أن هذا الرأي يتجاهل أن نظام الشهر الشخصي هو السائد ولم ننتقل بعد إلى نظام الشهر العيني كلية، ومن المجازفة أن نستعير من نظام الشهر العيني (السجل العيني) أحد مقوماته الجوهرية وهو الحجية المطلقة للسند ولو طعن فيه بالتواطؤ، لنظام شهر شخصي لا تزال الدقة في تحري صحة السندات المسجلة تعوزه، ولا يقوم على أمر التسجيل فيه قضاة، ولا يكفل تعويض من يضار به، كما هو الشأن في نظام الشهر العيني .

والواقـع أن هـذا النقد الأخير يمكن تخفيف حدته بالقول بأن نظـام السـجل العينـي قد طبق على معظم العقارات أو الأراضي الـزراعية، وسيطبق على العقارات المبنية والأراضي الفضاء، وفي المجال الذي طبق فيه، يجب استبعاد هذا النقد .

رأينا في الموضوع :

نميل إلى ترجيح الرأي الثاني لأنه يتفق مع القواعد الأخلاقية والدينـية، ومـع المبادئ العامة في القانون والتي تقضي بأن الغش يفسد التصرفات القانونية، ولا يصح أن يستفيد أحد من الغش .

ونـنادي بالإسراع في تطبيق نظام السجل العيني الذي صدر بقانـون ١٩٦٤، حتـى يقضي على الخلاف في الرأي حول المسألة محل البحث، ويحقق استقرار الملكية العقارية .

ملاحظـة هامـة بـشأن قاعدة الأفضلية على أساس الأسبقية في التسجيل :

يلاحـظ أن هـذه القاعدة لا تطبق في مجال المباني السكنية الخاضـعة لقوانـين إيجار الأماكن الاستثنائية، حيث بدأ المشرع في قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بتجريم واقعة إعادة بيع ذات العين ولو بعقد غير مشهر لمشتر ثان على خلاف مقتضى عقد سابق، ولو كان غير مـشهر (مادة/ ٨٢)، ثم أكمل المشرع حماية المشتري الأول بأن

نـــص في قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على بطلان البيع الثاني ولو كان مسجلاً (مادة / ٢٣) .

(٢) تنازع المشتري من المورث والمشتري من الوارث :

إذا باع المالك عقاره إلى مشتر ثم توفي قبل إجراء التسجيل، وقام الوارث ببيع ذات العقار إلى مشتر آخر كان الأسبق في تسجيل عقـده، فهل يطبق مبدأ الأفضلية على أساس أسبقية التسجيل بحيث يفضل المشتري من الوارث لأنه الأسبق في التسجيل ؟

عـالج المشرع المصري هذه المشكلة في المادتين ١٣، ١٤ مـن قانون الشهر العقاري، حيث أوجب في المادة / ١٣ شهر حق الإرث في العقار لا لكي تنتقل الملكية إلى الورثة، وإنما لكي يتسنى شـهر التصرفات التي يقومون بها على عقارات التركة، كما أوجب في المادة / ١٤ التأشير في هامش تسجيل حق الإرث بديون التركة، وبهـذا الإجراء يمكن للدائنين ومنهم المشتري من المورث بعقد غير مـسجل الاحتجاج بحقوقهم ضد كل من يكسب على العقار حقاً عينياً فـي تـاريخ لاحق لهذا التأشير (ومنهم المشتري من الوارث بعقد مسجل)[٦٩] .

وإذا كان هذا التأشير قد حصل خلال سنة من تاريخ تسجيل حق الإرث، كان لهذا التأشير أثر رجعي، وأمكن بالتالي الاحتجاج

---

(٦٩) د/ جابر محجوب : ص ٣٣٢ .

بحـق الدائن على كل من يكسب على العقار حقاً عينياً ولو كان ذلك في تاريخ سابق على حصول التأشير بهذا الحق[٧٠].

بهـذا نكون قد أنهينا الحديث في الالتزام بنقل الملكية، وننتقل الآن لدراسة الالتزام بالتسليم .

المطلب الثاني

" الالتزام بتسليم المبيع "

ينـشأ الالتـزام بتسليم المبيع على عاتق البائع بمجرد انعقاد البـيع ولـو لم ينص عليه فيه لأنه من مقتضياته، ويدخل ضمناً في الالتزام بنقل ملكية المبيع، وهذا ما يستفاد من نص المادة / ٢٠٦ من القانـون المدنـي والتـي نصت على أن: " الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم ".

ويعتبـر الالتـزام بتـسلم المبيع التزاماً بتحقيق نتيجة، بينما الالتزام بالمحافظة على المبيع يعتبر التزاماً ببذل عناية .

وقـد تـناول المشرع الالتزام بالتسليم في المواد من ٤٣١ : ٤٣٨ مـن القانون المدني . وفي ضوء هذه النصوص نقسم الحديث في هذا الالتزام كالتالي :

---

(٧٠) فـي هـذه الانتقادات راجع : د/ شكري سرور : ص ٣٩٠، ص ٣٩١، د/ السنهوري : ص ٤٧٩ وما بعدها .

الفرع الأول : مضمون الالتزام بالتسليم وكيفية تنفيذه .

الفرع الثاني : أحكام الالتزام بالتسليم .

الفرع الثالث : جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم .

الفرع الأول

" مضمون الالتزام بالتسليم وكيفية تنفيذه "

نبدأ أولاً بتحديد مضمون الالتزام بالتسليم، ثم نوضح كيفية تنفيذه كما يلي :

الغصن الأول

" مضمون الالتزام بالتسليم "

يشمل التسليم الشيء المبيع، وملحقاته، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك كما يلي :

أولاً : الشيء المبيع :

نصت المادة / ٤٣١ من القانون المدني على أن : " يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع ". ومن ثم، فإن الشيء المبيع هو الذي ينصب عليه الالتزام بالتسليم من حيث الأصل، ويقتضي الأمر تحديد المبيع، والحالة التي يجب أن يسلم عليها، ثم نعرض لمقدار المبيع، كما يلي :

أ – تحديد المبيـــع :

يخـــتلف تحديـــد المبـــيع باخـــتلاف طبيعة الشيء الذي يلزم تـــسليمه، فـــإذا كـــان المبيع معيناً بالنوع، وجب على البائع أن يسلم للمـــشتري شيئاً من نفس النوع وبنفس القدر المتفق عليه، وإذا اتفق على درجة جودة المبيع، وجب تسليم شيء من درجة الجودة المتفق عليها، وإذا لم يتفق على ذلك تستخلص درجة الجودة من العرف أو من أي ظرف آخر، فإذا لم يمكن استخلاص ذلك التزم البائع بتسليم شـــيء مـــن صنف متوسط (مادة ١/١٣٣ مدني). وإذا كان البيع بالعينة فعلى البائع أن يسلم شيئاً مطابقاً للعينة (مادة/١/٤٢٠ مدني) ولو كانت العينة أقل من المتوسط .

أمـــا إذا كان الشيء المبيع معيناً بالذات، وجب أن يسلم البائع ذات الـــشيء المتفق عليه، ولا يجوز له أن يسلم المشتري شيئاً آخر بدون موافقته(٧١).

ويجب تسليم الشيء المبيع كله دفعة واحدة وليس مجزءاً، لأن الوفاء الجزئي لا يجوز إذا لم يقبله الدائن (المشتري).

ب – الحالة التي يجب تسليم المبيع عليها :

وفقـــاً لـــنص المـــادة/ ٤٣١ مدني يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع .

---

(٧١) انظر : د/ شكري سرور : ص ٣٩٩ .

وتتعـــين حالة المبيع بحسب طبيعة الشيء محل التسليم، فإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات، يلتزم البائع بتزويد المشتري بالبيانات اللازمـــة لتحديد حالة الشيء وقت البيع، كتعيين حدود العين المبيعة وما يرد عليها من حقوق وتكاليف، ومشتملات العين ودرجة جودتها وغير ذلك من الأمور التي يكون من شأنها تعيين حالة المبيع(٧٢).

ويلتـــزم الـــبائع بتسليم المبيع إلى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع، فإذا كان معيناً بالذات وكانت حالته سيئة فلا يلتزم البائع بإصلاحه(٧٣).

ويجـــب على البائع أن يحافظ على الشيء حتى يسلمه بحالته التـــي كان عليها وقت البيع، فلا يجوز له إجراء أي تغيير فيه سواء أكان هذا التغيير بالزيادة أو النقصان، وسواء أكان التغيير مادياً كهدم جزء من المنزل، أو معنوياً كأن يرهن المنزل.

وقـــضى تطبـــيقاً لذلك بأن البائع الذي يقيم بناء على الأرض المبـــيعة قبل التسجيل، يعتبر مخلاً بالتزامه بالتسليم بالحالة التي كان علـــيها المبـــيع وقت العقد، ويكون كأنه بنى في ملك غيره بسوء نية وتطـــبق أحكـــام البـــناء في ملك الغير، فيلتزم بإزالة البناء إذا طلب

---

(٧٢) نفس الإشارة .

(٧٣) د/ نبـــيل إبـــراهيم ســـعد : العقود المسماة – الجزء الأول – البيع – منشأة المعارف بالإسكندرية – ٢٠٠١ – ص ٢٣٢ .

المــشتري ذلــك، وللمشتري أن يستبقي البناء ويعوضه وفقاً للقواعد المنصوص عليها في المادة/ ٩٢٤ مدني[٧٤].

وفــي رأيــنا أن هذا التأصيل الذي ذهبت إليه محكمة النقض محــل نظر، ذلك لأن البائع قبل التسجيل يملك المبيع، إذ الملكية لا تنــتقل إلى المشتري – في علاقته بالبائع – إلا بالتسجيل، وكان يمكن الوصول إلى نفس النتيجة التي انتهت إليها محكمة النقض عن طريق الاستناد إلى التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقــت البــيع (مادة / ٤٣١) وبالتالي لا يجبر المشتري على قبول المبيع بحالته الجديدة التي أحدثها البائع، إلا إذا وافق على ذلك، وفي هذه الحالة فإن على المشتري تعويض البائع عن قيمة وتكاليف البناء حتــى لا يثــري على حسابه دون سبب، إذ أن البائع لم يكن ملزماً بتسليم الأرض وعليها البناء . أما إذا لم يكن المشترى قد وافق على تسلم الأرض المبيعة بحالتها الجديدة ففي هذه الحالة يجوز للمشترى إلزام البائع بإزالة البناء.

وإذا حــدث تغيــر فــي حالة المبيع وكان هذا التغيير ضارا بالمــشترى كان البائع مسئولاً عن ذلك سواء كان التغيير بخطئه أو بفعلــه أو بفعــل الغيــر بل ولو كان التغيير قد حدث بقوة قاهرة أو

---

(٧٤) د/ نبيل سعد : ص ٢٣٣ .

حادث مفاجئ لأن التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع هو التزام بتحقيق نتيجة، ويعد مخلا بهذا الالتزام إذا لم يسلمه بهذه الحالة ولو حال دون ذلك سبب أجنبي.(٧٥)

عبء إثبات تغير حالة المبيع

يفترض بقاء حالة المبيع كما هي وقت البيع، فإذا اعترض المشترى عند تسلمه المبيع أو عند معاينته له و اختياره إياه بعد التسلم، وادعى أن حالة المبيع قد تغيرت عما كانت عليه وقت البيع، فعلى المشترى إثبات ذلك وللبائع إثبات العكس، لأنه مدين بالتزام بالتسليم، وهو الذي يقوم بتنفيذه، و عليه يقع إثبات براءته من الالتزام (٧٦) . ويجوز لكل من البائع والمشترى وقت تسلم المبيع أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة معاينة المبيع أو تعيين خبير لمعاينته . وإذا تسلم المشترى المبيع دون أن يعترض، وسكت مدة كافية يفترض فيها أنه قد عاين الشيء فارتضاه، فليس له بعد ذلك أن يحتج بتغير حالة المبيع عما كانت عليه وقت البيع، لأن سكوته هذه المدة يدل على أحد أمرين:- إما أن المبيع وقت التسليم كان في نفس حالته وقت البيع، أو أن هناك فرقاً بين الحالتين، ولكن هذا الفرق قد

---

(٧٥) د/ خميس خضر : ص ١٦٦، ص ١٦٧ .

(٧٦) نقض مدني : ١٩٤٥/٣/٢٩ - مجموعة عمر - ٤ - رقم ٢٢٨ - ص ٦٠١ ومشار إليه لدى د/ السنهوري - بهامش ١ - ص ٤٨٩ .

تسامح فيه المشترى ونزل عن حقه في التمسك به. (٧٧)

وقاعـدة وجـوب تـسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، من القواعد المكملة التي يجوز الاتفاق على خلافها، كأن يتفق علـى تـسليم المبيع في حالة جيدة ولو كانت حالته وقت البيع غير جيدة، بل كانت متوسطة أو رديئة، وفى هذه الحالة يجب على البائع أن يُحسن حالة المبيع حتى تصبح جيدة وقت التسليم. (٧٨)

---

(٧٧) د/ السنهوري – ص ٤٨٨ .

– وإذا كـان التغييـر بفعل المشتري أو بخطئه، كان عليه هو تحمل ذلك، وليس له الرجوع على البائع بشيء .

– كمـا أنـه إذا كان التغيير بفعل الغير، جاز للبائع الرجوع عليه إن كان هناك وجه للرجوع .

(٧٨) يـرى البعض أن عبء الإثبات يقع على عاتق البائع وليس على عاتق المـشتري في هذه الحالة، انظر : د/ جميل الشرقاوي : ص ١٩٧، ص ١٩٨، د/ السنهوري : ص ٤٨٧ .

– ولكننـا نـرى أن عـبء إثبات تغير حالة المبيع عما كانت عليه وقت البـيع، يقـع على عاتق المشتري، لأنه هو المدعي، والبينة على من ادعى، فـضلاً عـن أنه يدعي خلاف الظاهر والغالب الأعم من الحالات، إذ المفروض بقاء حالة المبيع كما هي، ومن ثم على من يدعي العكس إثباته، فإن فشل في ذلك افترض أن حالة المبيع لم تتغير .

ومـن ناحـية أخرى يجوز للبائع – رداً على ادعاء المشتري – أن يثبت بقـاء المبـيع على حالته، حتى يبرئ ذمته من الالتزام بتسليم المبيع بحالته .

(ج) مقدار المبيع :-

يجب على البائع أيضا أن يسلم للمشترى المبيع بالقدر المتفق عليه . وقد نصت المادتان ٤٣٣، ٤٣٤ من القانون المدني على وجوب تسليم المبيع بنفس القدر المتفق عليه وبنيت حكم الزيادة و العجز في مقدار البيع .

وعلى ضوء هذين النصين يتبين لنا الآتي :-

١ - حكم تعيين ذاتية المبيع دون التعرض لمقداره :-

إذا كان المبيع شيئا معينا بالذات، واكتفى المتعاقدان بتعيين ذاتيته دون التعرض لمقداره، كما لو بيعت قطعت أرض دون ذكر مساحتها، في هذه الحالة يلتزم البائع بتسليم الأرض المحددة دون أن يسأل عن مقدارها، فإذا ظهر أن مساحة الأرض أكثر مما كان يعتقد البائع، أو اقل مما كان يعتقد المشترى فلا يجوز للبائع أن يطلب زيادة في الثمن في الفرض الأول كما لا يجوز للمشترى أن يطلب إنقاص الثمن في الفرض الثاني، غير أنه يجوز لكل منهما أن يرجع على الآخر على أساس الغلط في المبيع إذا توافرت شروطه.[٧٩]

---

(١) د/ السنهوري : ص ٤٨٧ .

- وفي نفس المعنى: استئناف مختلط : ١٩١٧/١١/٢١، ١٩١٩/١/٢٦ - مشار إليها بهامش ٣ - ص ٤٨٦ لدى د/ السنهوري .

٢ - حكم تعيين ذاتية المبيع وتحديد مقداره :-

قد لا يكتفي المتعاقدان بتعيين ذاتية المبيع، و إنما يتفقان أيضاً على مقداره، ومثال ذلك بيع قطعة أرض وتعيين حدودها ومساحتها كـأن يذكـر أنها ألف متر مربع، أو بيع القمح الموجود في مخزن معـين وذكر في العقد أن مقداره مائة أردب . في هذه الحالة يجب تسليم نفس القدر للمشترى .

ولكـن ما الحكم إذا وجد في المبيع زيادة أو نقص عما هو متفق عليه؟

نبين ذلك من خلال بحث المسألة التالية :-

- حكم العجز و الزيادة في مقدار المبيع :-

تعـرض المـشرع المصري لحكم هذه المسألة في المادتين ٤٣٣، ٤٣٤ من القانون المدني، ومن خلال هذين النصين نبين حكم العجز في مقدار المبيع، ثم حكم الزيادة في مقدار المبيع ، كالتالي:-

أ- حكم العجز (أو النقص) في مقدار المبيع :

نـصت المـادة ٤٣٣/١ مدني على حكم هذه الحالة، ويتضح منها أنه إذا وجد نقص في مقدار المبيع فإن البائع يكون مسئولاً عن هـذا الـنقص بحـسب ما يقضى به العرف، فإذا كان العرف جرى بخصوص هذا المبيع على التجاوز عن قدر معين من العجز كما هو

الحـــال فـــي البـــيوع التجارية، ففي هذه الحالة لا يضمن البائع هذا العجز الذي جرى العرف على التسامح فيه . أما إذا كان العرف قد جـــرى على عدم التسامح في العجز في مقدار مبيع معين بالذات، أو لـــم يوجد عرف أصلا كان للمشترى الخيار بين فسخ العقد و إنقاص الـــثمن.(٨٠) غير أن حق المشترى في فسخ العقد مشروط بأن يصل العجز أو النقص في المبيع قدراً من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلم به لما أتم العقد، وعلى المشترى إثبات ذلك (مادة ٤٣٣ / ١ مدنـي) . ومعيار الجسامة هنا معيار شخصي ينظر في تقديرها إلى شخص المـــشترى.(٨١) وبديهي أنه يشترط لقبول طلب الفسخ توافر شروطه وفقاً للقواعد العامة، و أهمها ألا يكون طالب الفسخ مقصراً في تنفيذ التـــزاماته وإذا طلـــب المشترى إنقاص الثمن فأنه لا يلزم أن يكون هناك تناسب بين إنقاص الثمن وقدر العجز في المبيع ، إنما يمكن أن يزيد الإنقاص في الثمن عن قيمة العجز ، وذلك على سبيل تعويض المشترى عن الأضرار التي تكون قد أصابته نتيجة وجود عجز في المبيع وقبول المشترى لشيء اقل مما رغب فيه.(٨٢)

---

(٨٠) راجـــع : د/ السنهوري : ص ٤٩٠، د/ خميس خضر : ص ١٦٧، د/ نبيل سعد : ص ٢٣٣ .

(٨١) د/ خميس خضر : ص ١٧٣ .

(٨٢) راجـــع : نقض مدني : ١٩٧٠/١١/٣ - مجموعة أحكام النقض - س٢١ - ص ١١٠٥.

وللمشترى حق طلب الفسخ أو إنقاص الثمن فقط، فليس له أن يطلب تكملة المبيع إلى القدر المعين في العقد.

ويسقط حق المشترى في طلب الفسخ أو إنقاص الثمن إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً وفقاً لما نصت علية المادة / ٤٣٤ مدني وتنطبق الأحكام السابقة سواء كان المبيع يقبل التبعيض أو التجزئة أو لا يقبل ذلك، وسواء كان الثمن مقدراً بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة .

بيد أن الأحكام الخاصه بالعجز في المبيع قد لا تنطبق في حالة اتفاق الطرفين على خلافها ، وهذا ما نصت علية المادة ٤٣٣/ ا مدني فقد يتفقان على أن البائع لا يضمن مقدار المبيع.[٨٣] وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً كما قد يكون ضمنياً كأن يذكر في العقد أن مقدار المبيع يذكر على وجه التقريب أو تحت العجز و الزيادة.[٨٤]

وقد يتفق الطرفان على مساعلة البائع عن قدر النقص في المبيع و لو كان في حدود ما جرى العرف على التسامح فيه إذ يكون هذا بمثابة اتفاق على تشديد أحكام المسئولية، و هذا جائز في المسئولية العقدية .

---

(٨٣) د/ نبيل سعد : ص٢٣٦.

(٨٤) د/ خميس خضر : ص ١٧٥ .

ب- حكم الزيادة في مقدار المبيع :-

نصت الفقرة الثانية من المادة / ٤٣٣ على هذه الحالة قائلة :
" أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد و كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة، وجب على المشترى إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض، أن يكمل الثمن إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه ".

من هذا النص يتضح الآتي :

١- العبرة بإرادة المتعاقدين، فإذا كان هناك اتفاق خاص بينهما فهو الذي يطبق، فإذا لم يوجد اتفاق وجب الرجوع إلى العرف .

٢- إذا لم يوجد اتفاق ولا عرف يحكم مسألة الزيادة في مقدار المبيع، يفرق النص بين فرضين :

الفرض الأول : إذا كان الثمن مقدرا بحساب الوحدة :

وهنا أيضاً نميز بين حالتين هما :

الحالة الأولى : إذا كان المبيع قابلا للتبعيض بغير ضرر للبائع كما لو بيع كل ما في مخزن معين من القمح على أنه مائة أردب بسعر الأردب خمسون جنيها، ثم تبين أنه مائة وعشرة أردب، ففي هذه

الحالة لا يأخذ المشترى سوى القدر المتفق عليه في مقابل ثمن محدد بسعر الوحدة ويترك الزيادة للبائع، ولا يجوز له أن يجبر البائع على تسليم الزيادة في مقابل زيادة الثمن، كما لا يجوز للبائع أن يجبره على أخذ الزيادة بما يقابلها من زيادة في الثمن.[٨٥]

الحالة الثانية : إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض أصلاً أو كان من شأن تبعيضه إصابة البائع بضرر ومثال ذلك بيع قطعة أرض على أنها ٤٠٠ متر مربع و أتضح أنها ٤٥٠متر مربع، في هذه الحالة يجب على المشترى أن يكمل الثمن، ما لم تكن الزيادة جسيمة بحيث لو علم بها المشترى عند الشراء لما أتم العقد ، فهنا يجوز له أن يطلب فسخ العقد (مادة ٢/٤٣٣ مدني)

الفرض الثاني : إذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة :

ومثال ذلك بيع القمح الموجود في مخزن معين والبالغ قدرة مائة أردب بمبلغ إجمالي معين، ثم يتضح أن القمح أكثر من مائة أردب ، ففي هذا الفرض يأخذ المشترى القمح كله دون أن يلتزم بزيادة الثمن .

---

(٨٥) تجدر الإشارة إلى أن شرط عدم الضمان هذا إن وجد، لا يعفي البائع من التزامه بضمان الاستحقاق، إذا استحق جزء من المبيع للغير، راجع :

- Cass. Civ : 12-1-1982 – Rev. Tr. Dr. Civ- 1983 – P. 47 – obs. Remy.

وقـد بررت المذكرة الإيضاحية هذا الحكم بقولها " الغالب أن المـتعاقدين قـصدا أن يكـون المبيع بهذا الثمن و لو زاد عن القدر المعـين " ويبرر البعض ذلك بأن المبيع كان في يد البائع وكان في وسـعه أن يعرف مقداره، فإذا قصر في ذلك وباعه بثمن مقدر جملة واحدة فليس له أن يحتج بتقصيره، بل دل على ذلك أنه ارتضى هذا الثمن في كل المبيع(٨٦) .

ويطـبق هذا الحكم ، سواء كان المبيع قابلا للتبعيض أو غير قابـل له ، رغم سكوت النص، وذلك لأن قدر المبيع في هذه الحالة يعتبـر وصـفاً، والوصـف لا يقابله شيئاً من الثمن، ومن ثم يكون للمشترى أخذ المبيع كله بالثمن المتفق عليه(٨٧) .

وفى حالة ما إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض، و كان الثمن مقـدراً بـسعر الـوحدة، فأن حق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط بمـضي سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعليا، وفقا لما نصت علية المادة /٤٣٤ مدني . ذلك لأن التسليم الفعلي هو الذى يهيئ للبائع و للمـشترى كشف حقيقة النقص أو الزيادة في المبيع.(٨٨) والهدف من

---

(٨٦) د/ شكري سرور : ص ٤٢٧ .

(٨٧) د/ شكري سرور : ص ٤٣٠ .

(٨٨) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ – ص ٦١ .

تقـادم الـدعاوى الناشئة عن نقص أو زيادة المبيع بمدة قصيرة هو رغـبة المـشرع في تحقيق استقرار التعامل . ومدة السنة مدة تقادم وليست مدة سقوط و بالتالي يرد عليها الوقف أو الانقطاع .

ثانياً : ملحقات الشيء المبيع :

تـنص المـادة ٤٣٢ مدنـي مصري على أن "يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلـك طـبقاً لمـا تقـضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين " وأول ما يلحظه الفقه على هذا النص، أن صياغته غير دقـيقة، لأنـه قـد يوحى بأن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء مخـتلف عـن ملحقات هذا الشيء، في حين أن ما أعد بصفة دائمة لاسـتعمال الشيء يعتبر من ملحقاته.[٨٩] ولم يحدد المشرع المقصود بالملحقـات، وقد كان القانون المدني السابق يتضمن نصوصاً تحدد بعـض الملحقـات، وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي يـسير على هذا النهج، غير أن لجنة المراجعة قد حذفت الفقرة التي تـنص علـى أمـثلة للملحقات،لأنها تتضمن تفصيلات لا ضرورة لها.[٩٠]

---

(٨٩) د/ الـسنهوري : هـامش ١ – ص ٤٩٩، نقض مدني : ١٩٦٣/٣/٢٨ – مجموعة أحكام محكمة النقض – س١٤ – ص ٤١٧ .

(٩٠) د/ السنهوري : ص ٤٩٩ .

ويعــرف البعض الملحقات بأنها " ما يتبع أصل الشيء ويعد بصفة دائمة لخدمته دون أن يكون جزءاً منه، ولا من نمائه، ولا من منتجاته ولا من ثمراته. [٩١]

ويــرى الــبعض الآخر أن المحقات تشمل كل ما يعتبر من المــستلزمات الــضرورية لاســتعمال الشيء المبيع، بحيث لا يكمل انتفاع المشترى بالمبيع إلا بها

ومــن أمثلة الملحقات، الحقوق العينية المقررة للشيء المبيع كحقوق الارتفاق، وكذلك التزام البائع بمراعاة قيود معينة عند البناء، وثمــار المبيع والتي نص عليها المشرع صراحةً في المادة ٢/٤٥٨ مــن القانــون المدني، ما لم يتفق على خلاف ذلك، وأيضا الرخصة وبوليــصة التأمــين ومستندات الملكية وأدوات الرفع إذا تعلق الأمر ببــيع ســيارة، ومفاتيح المنزل إذا تعلق الأمر ببيع منزل . وبصفة عامــة يرجع في تحديد الملحقات إلى اتفاق المتعاقدين، فإذا لم يوجد اتفــاق وجب الرجوع إلى العرف، و إلا فإن الملحقات تشمل كل ما أعــد بصفة دائمة لاستعمال الشيء المبيع وفقا لما تقضى به طبيعة الأشياء، فبيع المحل التجاري يشمل الاسم التجاري والعلامة التجارية وتختلف فكرة الملحقات باختلاف الزمان و المكان . [٩٢]

وهكذا يشمل التسليم الشيء ذاته، وملحقاته.

---

(٩١) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ – ص ٦٥.

(٩٢) د/ خميس خضر : ص ٢١٤، د/ نبيل سعد : ص ٢٣٩.

الغصن الثاني
" كيفية تنفيذ الالتزام بالتسليم "

يــتم التسليم بوضع المبيع بالحالة المتفق عليها تحت تصرف المشتري في الزمان والمكان المعينين، ويتحمل البائع بحسب الأصل نفقات تسليم المبيع.

نعــرض إذاً لكيفــية التسليم، ثم زمان ومكان التسليم ونفقاته، كما يلي :

أولاً : كيفية التسليم :

نــصت المــادة / ٤٣٥ مدني مصري على أن : " ١- يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حــيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً، مــا دام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يــتفق مــع طبيعة الشيء المبيع. ٢- ويجوز أن يتم التسليم بمجــرد تراضــي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البــيع، أو كــان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع، لسبب آخر غير الملكية ".

يتضح من هذا النص أن تنفيذ التزام البائع بالتسليم لا يقتضي أن يتــسلم المــشتري المبــيع فعلاً بأن تنتقل إليه حيازته، وإنما يتم التسليم بتوافر عنصرين هما:

العنـــصر الأول : *وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن مـــن حيازته والانتفاع به دون عائق، سواء من قبل البائع نفسه، أو مـــن قـــبل الغير (التعرض القانوني)، فإذا وجد مثل هذا العائق، فإن البائع يكون مخلاً بالتزامه بالتسليم .*

العنـــصر الثاني : *إعلام المشتري بواسطة البائع بأن المبيع قد وضع تحـــت تصرفه . ويتم هذا الإعلام بكافة الطرق، ولا يلزم فيه إعلان رسمي ، ويخضع إثباته للقواعد العامة .*

صور التسليم :

قد يكون التسليم فعلياً، كما قد يكون حكمياً، كما يلي :

(١) التسليم الفعلي :

يخـــتلف التسليم الفعلي باختلاف طبيعة المبيع، وهذا ما أكدته المـــادة / ١/٤٣٥ مدنـــي بقولها : " ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع ".

وهكـــذا، تخـــتلف طريقة التسليم الفعلي أو وضع المبيع تحت تصرف المشتري باختلاف طبيعة الشيء المبيع :

أ – ففـــي العقـــار : *يتم التسليم بالتخلي عن حيازته، فإذا كان المبيع أرضـــاً زراعية يشغلها البائع، وجب عليه أن يتركها ويأخذ ماله فيها*

من مواش وغير ذلك . وإذا كان منزلاً يكون تسليمه بالتخلي عن حيازته وإخلائه وتسليم مفاتيحه للمشتري .

ب – **وفي المنقول :** يتم التسليم بما يتفق وطبيعته، وعادة ما يكون التسليم مادياً أي بالمناولة، ولكن قد يتم بطريقة رمزية كتسليم البائع للمشتري مستندات الإيداع إذا كان المنقول في أحد المخازن العمومية، أو إذا اتفق على أن التسليم يعد تاماً بمجرد تسليم البضاعة إلى أمين النقل وتسليم مستندات الشحن إلى المشتري، ولكن إذا لم يوجد اتفاق على ذلك، فلا يعتبر التسليم قد تم بمجرد تسلم المشتري لمستندات الشحن، فقد نصت المادة / ٤٣٦ مدني على أنه : " إذا وجب تصدير المبيع للمشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ".

ويلاحظ أن التسليم الرمزي الذي يتم بتسليم المستندات أضعف في قوته من التسليم الفعلي أو المادي، فإذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة (مادة / ٩٥٤ / ٢ مدني).

وقد يتم تسليم المنقول بوضع علامات المشتري أو أختامه على المبيع، فمثلاً في بيع الحيوان، قد يتم تسليمه بوضع علامة المشتري عليه بالرغم من بقائه عند البائع ضمن حيوانات أخرى

مماثلة[٩٣].

وإذا تعلق الأمر بشيء غير مادي، كما لو كان حقاً شخصياً مثلاً، فإن التسليم يكون عن طريق تسليم السند المثبت لوجوده، كتسليم المحال إليه سند الحق – في حوالة الحق – لتمكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه[٩٤].

<u>(٢) التسليم الحكمي :</u>

في هذه الصورة لا يتم التسليم الفعلي، وإنما يتم التسليم بالاتفاق بين الطرفين على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشتري، فالتسليم هنا يتحقق بتصرف قانوني أو اتفاق، وليس بعمل مادي، وتطلق عليه المذكرة الإيضاحية تعبير " التسليم المعنوي "[٩٥]. فيكتفي في التسليم الحكمي بتغيير النية.

ووفقاً لنص المادة / ٢/٤٣٥ من القانون المدني، فإن التسليم الحكمي يتم في إحدى صورتين هما :

<u>أ – إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع:</u> سواء على سبيل الإيجار أو الوديعة أو غير ذلك، ففي هذه الحالة تكون الحيازة الفعلية

---

(٩٣) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ – ص ٥٤ .

(٩٤) د/ شكري سرور : ص ٤٠٦ .

(٩٥) د/ نبيل سعد : ص ٢٣٩ .

مـــتحققة أصلاً للمشتري قبل البيع، ولذا يجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضـــي المـــتعاقدين على البيع مع بقاء المبيع في حيازة المشتري كمالك له عن طريق الشراء، وبالتالي يقتصر الأمر على تغيير النية، وذلك بتغيير صفة الحيازة(٩٦).

<u>ب - إذا كـــان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخـــر غير الملكية:</u> قد يظل البائع حائزاً للمبيع بعد البيع على سبيل الإيجار أو الوديعة، فتتغير صفة حيازته من حائز لحساب نفسه إلى حائـــز لحـــساب المـــشتري، ويسمى التسليم هنا بالتسليم مع استبقاء الحيازة .

والحقيقـــية أن نص المادة ٢/٤٣٥ مدني مجرد تطبيق للقاعدة العامة الواردة في باب الحيازة والمنصوص عليها في المادة / ٩٥٣ مدني، والتي تنص على أنه : " يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه" (٩٧).

---

(٩٦) فمـــثلاً كان بيع الحاسب الآلي عند ظهوره يشمل كملحقات على الدوام تقريباً البرنامج الأساسي، أما اليوم فلم يعد كذلك، انظر : د/ نبيل سعد : ص ٢٤٣ .

(٩٧) د/ نبيل سعد : ص ٢٥٤ .

ثانياً : زمان ومكان التسليم ونفقاته :

نبدأ ببيان زمان التسليم، ثم مكانه، وأخيراً نفقاته، والواقع أن هذه المسائل تخضع للقواعد العامة في الوفاء بالالتزامات بصفة عامة، ومع ذلك فقد خرج المشرع على هذه القواعد في حالة خاصة سنوضحها فيما سيأتي :

أ – زمان التسليم :

كانت المادة / ٥٧٨ من المشروع التمهيدي للقانون المدني تنص على زمان التسليم، ولكن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة التي تحدد وقت الوفاء بصفة عامة .

وتقضي المادة / ٣٤٦ مدني بأنه : " ١- يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . ٢- على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم " .

ومن ثم يجب أن يتم تسليم المبيع للمشتري فوراً بمجرد انعقاد البيع، ولو اتفق على تأجيل الوفاء بالثمن أو بجزء منه، ما لم يتفق المتعاقدان على ميعاد معين يتم فيه التسليم، أو كان هناك عرف

يقضي بإمهال البائع بعض الوقت كما هو الحال في بعض البيوع التجارية(٩٨).

كما يجوز للقاضي في حالات استثنائية أن يمهل البائع في تسليم المبيع إلى وقت معين وهو ما يعرف باسم "نظرة الميسرة" وذلك بثلاثة شروط هي: ١ – أن يطلب البائع ذلك صراحة . ٢– أن تكون حالة البائع أو طبيعة المبيع تقتضي ذلك . ٣– ألا يكون في منح البائع هذا الأجل، ضرر جسيم للمشتري . ٤– ألا يوجد نص في القانون يمنع القاضي من منح هذا الأجل، كما هو الحال في مجال الالتزامات والبيوع التجارية، حيث لا يجوز للقاضي منح المدين بدين تجاري مهلة لسداد الدين إلا إذا كان هناك نص أو اتفاق يسمح بذلك .

ب – مكان التسليم :

كقاعدة عامة إذا لم يوجد اتفاق على مكان التسليم، فإن تحديد هذا المكان يخضع للعرف، فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف، فإن تحديد مكان التسليم يختلف بحسب طبيعة الشيء المبيع، فإذا كان المبيع معيناً بالذات يجب أن يتم تسليمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت انعقاد البيع، أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالنوع، يجب أن يتم

---

(٩٨) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ – ص ٦٩ .

تسليمه في المكان الذي يوجد فيه موطن البائع في الوقت الواجب فيه التسليم، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كان البيع متعلقاً بهذا الأعمال (مادة / ٣٤٧ مدني) .

وقد خرج المشرع المصري على القاعدة السابقة، إذا كان المبيع واجب التسليم إلى المشتري، حيث تقضي المادة / ٤٣٦ من القانون المدني المصري، بأن التسليم لا يتم في هذه الحالة إلا إذا وصل المبيع إلى المشتري، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك . فإذا وصل المبيع إلى المشتري ولم يوجد عائق يحول دون الاستيلاء عليه فيعتبر التسليم قد تم ولو لم يستول عليه فعلاً.

ج - نفقات التسليم :

يقصد بنفقات التسليم تلك النفقات اللازمة لتنفيذ التزام البائع بتسليم المبيع، ويشمل ذلك مصروفات فرز المبيع المعين بنوعه تمهيداً لتسليمه، ومصروفات التغليف والنقل إلى مكان التسليم، وغير ذلك من مصروفات لازمة للقيام بعملية التسليم .

وتكون مصروفات التسليم على عاتق البائع، لأنه المدين بالالتزام بالتسليم، والقاعدة العامة تقضي بأن تكون نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (مادة / ٣٤٨ مدني)، فهذه قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها .

وبالنسبة للمنقول الواجب تصديره، والذي لا يتم تسليمه إلا بوصوله إلى المشتري، تكون نفقات الشحن على عاتق البائع .

الفرع الثاني

" أحكام الالتزام بالتسليم "

نتناول مسألتين في هذا الصدد وهما : حق البائع في حبس المبيع، وتبعة هلاك المبيع قبل التسليم، وذلك كما يلي :

الغصن الأول

" حق البائع في حبس المبيع "

طبق المشرع المصري القواعد العامة في الدفع بعدم التنفيذ (المادة / ١٦١ مدني)، وفي الحق في الحبس (مادة / ٢٤٦ مدني)، فجعل للبائع الحق في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن كله، ولكنه خالف القواعد العامة في حق الحبس حين نص على أن للبائع أن يحبس المبيع ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة .

فقد نصت المادة / ٤٥٩ من القانون المدني على أنه : " ١- إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له، ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة . هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع . ٢- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط

لدفـــع الـــثمن إذا ســـقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ ".

وهكـــذا، يـــشترط لاســـتعمال البائع حقه في حبس المبيع في ضوء نص المادة/ ٤٥٩ مدني أربعة شروط هي :

الـــشرط الأول : أن يكـــون الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال :

يجـــب أن يكون الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، وهـــو يكـــون ذلـــك إذا اتفـــق على دفع الثمن فور إبرام العقد وقبل التـــسليم، أو كان الثمن مؤجلاً – كله أو بعضه – وحل أجل سداده، فهـــنا يحـــق للـــبائع حبس المبيع إذا لم يقم المشتري بسداد الثمن أو الجزء المستحق منه، وفي الحالة الأخيرة فإن للبائع حبس المبيع كله في مقابل جزء الثمن الذي تأخر المشتري في سداده، ذلك لأن الحق فـــي الحـــبس لا يتجـــزأ، ومـــع هذا يجب ألا يتعسف البائع في هذا الـــصدد، فيحبس المبيع كله ويمتنع عن تسليمه إذا كان المشتري قد أوفـــى بالجـــزء الأكبر من الثمن، ولم يتبق منه سوى جزء قليل لا يبرر حبس المبيع(٩٩).

---

(٩٩) نفس الإشارة

وللـــبائع حـــبس المبيع إذا كان الثمن مستحق الأداء – كله أو بعضه – حتى ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة، وهذا يخالف القاعدة المتـــبعة فـــي الحق في الحبس، حيث أن المادة / ٢٤٦ تجعل تقديم التأمـــين الكافـــي ســـبباً لسقوط حق الحابس في الحبس،وحسناً فعل المشرع لأن البائع لا يجبر على ترك وسيلة سهلة وفعالة إلى وسيلة أخرى معقدة وغير مؤكدة[١٠٠].

الشرط الثاني : ألا يكون البائع قد منح المشتري أجلاً بعد البيع :

يـــستفاد هـــذا الشرط من نص المادة / ٤٥٩/١ مدني، وهو شـــرط منطقـــي، ذلك لأنه إذا منح البائع المشتري أجلاً للسداد، فإنه يفترض في هذه الحالة أن البائع قد تنازل عن حقه في الحبس[١٠١].

ولكن هو يحول الأجل القضائي دون استعمال البائع حقه في حبس المبيع ؟

علـــى عكس الأجل الاتفاقي. فإن الأجل القضائي أو " نظرة الميسرة " لا تمنع البائع من استعمال حقه في حبس المبيع، إذ الأجل القضائي لا يمنع من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ[١٠٢]

---

(١٠٠) د/ خميس خضر، ص ١٧٠

(١٠١) د/ شكري سرور : ص ٤١٦ .

(١٠٢) د/ نبيل سعد : ص ٢٥٧.

الشرط الثالث : أن يسقط حق المشتري في الأجل في حالة كون الثمن مؤجلاً بالاتفاق :

قد يكون الثمن مؤجلاً، ومع ذلك يسقط الأجل لسبب من الأسباب التي نصت عليها المادة / ٢٧٣، حيث قالت : " يسقط حق المدين في الأجل : ١- إذا أشهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون . ٢- إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً . ٣- إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات ".

ويلاحظ أن إحالة المشرع إلى المادة / ٢٧٣ بفقراتها المختلفة، يعني تطبيق جميع أسباب سقوط حق المدين في الأجل في مجال حق المشتري في الأجل، ويدخل في ذلك عدم سقوط حق المشتري في الأجل، وبالتالي عدم أحقية البائع في حبس المبيع، إذا قام المشتري بتكملة التأمين أو قدم ضماناً كافياً للوفاء بالثمن، مما يفهم منه أن المشرع المصري قد عاد إلى القواعد العامة بصدد الفقرة الثانية من المادة / ٤٥٩ مدني، في حين أنه قد خرج عليها في الفقرة الأولى من هذا النص، وأعطى للبائع حق حبس المبيع ولو قدم

المشتري رهناً أو كفالة، فما هو سبب التفرقة في الحكم بين فقرتي المادة / ٤٥٩ مدني ؟؟

يرى الفقه أن السبب في ذلك يرجع إلى أن الثمن في الفرض الوارد بالفقرة الثانية أن الثمن لم يكن في الأصل مستحق الأداء، بعكس الفرض الأول الوارد بالفقرة الأولى، ومن ثم ليس للبائع أن يتضرر من شيء، ما دام المشتري قد قدم له ما يكفل له استيفاء حقه عند استحقاقه، إذ يكون مبرر الحبس قد سقط(١٠٣).

الشرط الرابع : عدم قيام المشتري بسداد الثمن أو جزء منه :

وهذا الشرط بديهي، إذ أن مبرر الحبس إجبار المشتري على سداد الثمن كله أو بعضه، والذي يجب الوفاء به فور العقد، أو بحلول الأجل، أو بسقوط الأجل وعدم قيام المشتري بتقديم تأميناً كافياً للوفاء بالثمن. فإذا لم يقم المشتري بالوفاء بالثمن كله أو بعضه والمستحق الوفاء، فإن للبائع الحق في حبس المبيع .

ويشمل الحق في الحبس أصل المبيع ونماءه وثماره الناتجة منه بعد البيع، وعلى البائع أن يحافظ على المبيع أثناء الحبس، وأن يبذل في المحافظة عليه عناية الشخص المعتاد ويقدم حساباً عن غلته لأن حبس المبيع لا ينفي استحقاق المشتري ثماره(١٠٤).

---

(١٠٣) د/ جميل الشرقاوي : ص ٢١٧ .
(١٠٤) د/ نبيل سعد: ص ٢٦٠.

تبعة هلاك المبيع أثناء فترة الحبس :

إذا هلـك المبيع في يد البائع وهو حابس له، كان هلاكه على المـشتري كمـا لـو كان قد سلم إليه، ما لم يكن الهلاك بفعل البائع فـيكون هلاكـه عندئذ على البائع وليس على المشتري، وقد نصت علـى ذلك المادة / ٤٦٠ من القانون المدني، وهي تقرر حكم مغاير للقـواعد العامـة في تبعة الهلاك المنصوص عليها بالمادة / ٤٣٧، وعلـة ذلـك أن وجـود المبيع تحت يد البائع وهو حابس له لم يكن بـسبب تقـصيره في تنفيذ التزامه بالتسليم، وإنما كان بسبب تقصير المشتري في سداد الثمن [١٠٥].

ويسقط حق البائع في حبس المبيع بخروج هذا المبيع من يده بـشرط ألا يكون ذلك خفية أو رغم معارضته (مادة / ٢٤٨)، كما يسقط إذا منح المشتري أجلاً بعد البيع للوفاء بالثمن (مادة / ٤٥٩ / ١)، ويسقط أخيراً بهلاك المبيع[١٠٦].

---

(١٠٥) د/ خميس خضر : ص ١٧٩ .

(١٠٦) د/ نبيل سعد : ص ٢٦٠، وراجع المادة ٢/٣٤٦ مدني .

الغصن الثاني
" تبعة هلاك المبيع قبل التسليم "

إذا هلك الشيء المبيع الواجب تسليمه قبل أن يقوم البائع بتسليمه إلى المشتري، كاحتراق السيارة المبيعة، فما أثر ذلك ؟

يلاحظ أن التزام البائع بالتسليم يصبح غير ممكن التنفيذ عيناً في هذه الحالة، ولكن إذا كان الهلاك بسبب لا دخل لإرادة البائع فيه كقوة قاهرة، فهل يظل التزام المشتري بدفع الثمن قائماً رغم هلاك المبيع أو استحالة تسليمه إليه ؟ .

بداءة نقرر أن هلاك المبيع بقوة قاهرة يؤدي إلى استحالة تنفيذ التزام البائع، وبالتالي انقضاء هذا الإلتزام الذي استحال موضوعه (مادة / ٣٧٣ مدني)، وينقضي في المقابل الالتزام المقابل له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (الانفساخ) وفقاً للمادة / ١٥٩ مدني .

وعليه، فإنه لو كان هلاك المبيع بسبب يرجع إلى البائع، فإن التزامه بالتسليم لا ينقضي، ولكن لا يستطيع المشتري أن يحصل من البائع إلا على مبلغ من النقود عبارة عن ما دفعه من الثمن، وما يستحقه قبل البائع المقصر من تعويضات عما لحقه من أضرار نتجت عن تسبب البائع في هلاك المبيع(١٠٧).

---

(١٠٧) د/ نبيل سعد : ص ٢٦١، / شكري سرور : ص ٤٢١ .

وإذا كـــان هلاك المبيع بفعل المشتري، أو بسبب يرجع إليه، ففـــي هـــذه الحالـــة يظل ملتزماً بالوفاء بالثمن، رغم أنه لا يستطيع مطالبة البائع بالتسليم(١٠٨).

ومـــن ثـــم، فإن هلاك المبيع بخطأ البائع أو المشتري لا يثير مسألة تحمل تبعة الهلاك . كما أن هلاك المبيع كلياً قبل البيع، يجعل البيع نفسه باطلاً بطلاناً مطلقاً لاستحالة محل التزام البائع .

ويلاحظ أن الهلاك بالمعنى القانوني لا يلحق إلا المبيع المعين بذاتـــه، أما المعين بنوعه فقط (المثلى) فهلاكه لا يعني استحالة تنفيذ الالتزام بتسليمه، إذ يستطيع البائع أن يحصل على مثل المبيع الهالك تماماً من الأسواق، ويقوم بتسليمه إلى المشتري، ذلك لأن المثليات لا تهلك . كما يلاحظ أنه إذا تم إفراز المبيع المعين بنوعه، صار معيناً بذاته، وانطبقت عليه أحكام تبعة الهلاك(١٠٩).

ووفقـــاً لأحكام المادتين ٤٣٧، ٤٣٨ من القانون المدنـي، فإن تبعة هلاك المبيع تكون على البائع قبل تسليم المبيع، وذلك إذا كان الهـــلاك بسبب لا يد للبائع فيه، وفي هذه الحالة ينفسخ البيع ويسترد المـــشتري الـــثمن، إلا إذا كان الهلاك قد حدث بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع . وإذا تم التسليم انتقلت تبعة الهلاك إلى المشتري .

---

(١٠٨) د/ شكري سرور : ص ٤٢١، وانظر المادتين ٢٤٧، ١١٠٣ مدني .

(١٠٩) د/ خميس خضر : ص ١٨٠، د/ جميل الشرقاوي : ص ٢١٨ .

وبذلك يكون المشرع المصري – متأثراً بالفقه الإسلامي – قد ربــط بين تبعة الهلاك والتسليم، فلم يربط هذه التبعة بالملكية، وذلك بعكس الحال في القانون الفرنسي .

وفــي حالة الهلاك الجزئي، فإن المادة / ٤٣٨ مدني تقضي بأنه " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إمــا أن يطلــب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقــد لمــا تم البيع، وإما أن يبقى المبيع مع إنقاص الثمن ". وهكذا ربط المشرع أيضاً بين تبعة الهلاك والتسليم.

– الأحــوال الاســتثنائية التــي يكون فيها الهلاك قبل التسليم على المشتري :

يرد على قاعدة تحمل البائع تبعة هلاك المبيع بسبب لا يد له فيه، قبل التسليم، عدة استثناءات لا ترتبط فيها تبعة الهلاك بالتسليم، وبالتالي يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع، وهذه الاستثناءات هي :

١ – إذا اتفــق الــبائع والمشتري على تحمل المشتري تبعة هلاك المبــيع بمجرد إبرام عقد البيع أو بمجرد انتقال الملكية وقبل التــسليم . وهذا الاتفاق صحيح لأن قاعدة تحميل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم من القواعد المكملة التي لا ترتبط بالنظام العام .

٢- إذا كــان المبــيع قد هلك أثناء حبسه من قبل البائع لعدم قيام المــشتري بدفع الثمن كله أو بعضه، بشرط ألا يكون الهلاك بفعــل الــبائع (مــادة / ٤٦٠ مدني)، وأن يكون البائع قد طــولب بتسليم المبيع من جانب المشتري، لأن معنى الحبس أو الامتناع عن التسليم يقتضي ذلك .

٣- إذا وضع المشتري يده على المبيع بلا إذن من البائع ولم يكن قــد دفــع الــثمن، فإن هذا لا يعد تسليماً، ومع ذلك إذا هلك المبيع كانت تبعة الهلاك على المشتري[١١٠].

٤- إذ نــص القانــون على أن تكون تبعة الهلاك على المالك لا على البائع قبل التسليم، ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة / ٩٤ مــن القانون التجاري من أن : " البضائع التي تخرج مــن مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها في الطريق على مــن يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك " . فهذا النص من وجهــة نظــر شــراح القانون المدني يربط تبعة الهلاك في البيوع التجارية بانتقال الملكية وليس بالتسليم[١١١].

٥- إذا كــان الهــلاك قبل التسليم قد حدث بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع (مادة / ٤٣٧ / ١ مدني).

---

(١١٠) د/ جميل الشرقاوي : ص ٢١٨ .

(١١١) انظر المادة / ٢١٥ مدني .

ويشترط البعض لذلك ألا يكون هناك أجل للتسلم مشروطاً لصالح المشتري، في حين يرى البعض أن الأمر لا يتعلق باستثناء حقيقي في هذه الحالة، لأن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم[١١٢].

الفرع الثالث

" جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم "

يخضع هذا الأمر للقواعد العامة نظراً لعدم وجود أحكام خاصة بذلك في النصوص المنظمة للبيع .

ووفقاً للقواعد العامة، فإنه إذا أخل البائع بالتزامه بالتسليم كان للمشتري أن يجبره على تنفيذ التزامه عيناً (مادة ٢/٢٠٣ مدني)، وإذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن، أو كان ممكناً ولكن المشتري طلب التنفيذ بمقابل، ولم يبد البائع استعداده للتنفيذ العيني لالتزامه بالتسليم، فيحكم على البائع بالتعويض .

كما يجوز للمشتري أن يقتصر على طلب فسخ البيع وفقاً للمادة / ١٥٧ من القانون المدني، إذا توافرت شروطه .

ويجوز للمشتري في حالتي التنفيذ العيني والفسخ أن يطلب تعويضاً عما أصابه من ضرر نتيجة إخلال البائع بالتزامه بالتسليم .

---

(١١٢) د/ جميل الشرقاوي :ص ٢٢٠، ص ٢٢١ .

هذا إلى جانب أن إخلال البائع بالتزامه بالتسليم، يترتب عليه تحمله تبعة الهلاك، إذا هلك المبيع بسبب لا دخل له فيه، على النحو السابق ذكره .

المطلب الثالث

" التزام البائع بالضمان "

لا يكفي قيام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع، وإنما يلزم أن يضع المبيع تحت تصرف المشتري بصورة هادئة ومستقرة، بحيث يستطيع المشتري أن يمارس على الشيء المبيع سلطاته الكاملة بدون تعرض من أحد، حتى ولو كان البائع نفسه، ويضمن البائع بذلك للمشتري بألا ينازعه أحد في سلطاته على المبيع، وكذلك على البائع ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع حتى ولو كان المشتري قد عاين المبيع قبل البيع .

وبذلك يلتزم البائع أمام المشتري بأنواع ثلاثة من الضمانات وهي : ضمان التعرض (الشخصي وتعرض الغير) وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية .

وسنوضح هذه المسائل من خلال ثلاثة فروع هي :

الفرع الأول

" التزام البائع بضمان التعـرض "

علـــى البائع أن يضمن للمشتري عدم منازعته في حيازته لما اشـــتراه، وعدم تعرضه الشخصي له سواء أكان بمنازعته في حيازة المبـــيع أو الانـــتفاع بـــه أو ملكيته(١١٣). بحيث يتمكن المشتري من الانتفاع الهادئ والمستقر لما اشتراه، ولا يكفي ذلك بل يضمن البائع عـــدم مـــنازعة الغير للمشتري . متى كان تعرض الغير مستنداً إلى سبب قانوني صادر من البائع(١١٤).

ويـــستفاد ذلك من نص المادة / ٤٣٩ مدني والتي نصت على أن " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعـــضه سواء أكان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقـــت البـــيع حـــق يحـــتج به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالـــضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه " .

ومـــن خلال هذا النص يتضح لنا أن ضمان البائع بالتعرض ينقسم إلى شقين وهما:

---

(١١٣) د/ جميل الشرقاوي :ص ٢٢١، ص ٢٢٢ .

(١١٤) د/ جميل الشرقاوي :ص ٢٢٦ .

١ – ضمان التعرض الشخصي .

٢ – ضمان تعرض الغير .

وسوف نوضح كل منهما على النحو التالي : –

الغصن الأول

" التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي "

إذا أبرم البائع البيع فعليه أن يلتزم بما يرتبه هذا العقد من آثار ونتائج، ولا يباح للبائع في تلك الحالة بأن ينتقص من المشتري حق من الحقوق التي رتبها عقد البيع . وعليه أن يمتنع عن أي فعل من شأنه أن يحرم المشتري من حق من حقوقه سواء في الملكية أو الانتفاع أو حتى الحيازة . وأي فعل يأتي به يعد تعرضاً شخصياً منه، عليه ضمانه .

ولقيام ضمان التعرض الشخصي لابد من توافر شروط معينة وهي[115]:

١ – أن يكون التعرض قد وقع بالفعل من البائع، فاحتمال وقوعه أو التهديد بوقوعه لا يكفي لقيام ضمان التعرض، وإنما يلزم

---

(١١٥) راجع حول هذه المسألة : د/ جميل الشرقاوي : ص ٢٢٦ ، د/ شكري سرور ص ٤٤١، د/ خميس خضر : ص ١٨٧ .

صـــدور الأعمال المؤدية إلى حرمان المشتري من حقه في الانتفاع بالعين، من البائع .

٢- أن يــؤدي التعرض إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالعين بصفة كلية أو جزئية .

٣- أن يتم هذا التعرض بعد تمام البيع لا قبل إبرامه .

أنواع التعرض الشخصي من البائـــع :

متـــى توافـــرت الـــشروط الـــسابق ذكرها وجب على البائع الضمان سواء أكان التعرض فعلياً أو مادياً، أو كان التعرض قانونياً.

أ – التعرض المادي من البائع :

ويكون هذا التعرض بقيام البائع بأعمال مادية تهدد المشتري بحـــرمانه مـــن حقه في الانتفاع بالعين المبيعة كلياً أو جزئياً [١١٦]. وأمـــثلة هـــذا الـــنوع من التعرض كثيرة ومنها : قيام البائع بغصب العـــين المبيعة كما لو قام البائع بالعودة إلى سكنى المنزل المبيع، أو قـــيام بائع البئر بحفر بئراً أخرى بالقرب منها لأن ذلك سيؤدي إلى نقـــصان مـــياه البئر المبيعة[١١٧]، وكذلك قيام المؤلف ببيع حقه إلى

---

(١١٦) د/ شكري سرور : ص ٤٣٩، ص ٤٤٠ .

(١١٧) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٢٨ .

ناشـــر ويقـــوم هو بطبعه ونشره لحسابه في نفس الوقت[118]. ويلزم البائع بضمان التعرض في هذه الحالات .

ب – التعرض القانوني من البائع :

وهـــنا يدعـــي البائع حقاً قانونياً على العين المبيعة يؤدي إلى حـــرمان المشتري من الانتفاع بالعين المبيعة كلياً أو جزئياً . وأمثلة هذا النوع من التعرض كثيرة ومنها: كما لو ادعى أن له على المبيع حـــق ارتفاق، أو حق سكنى وكذلك طعنه في البيع الصادر منه على أساس أنه غير مالك للمبيع يعد تعرضاً قانونياً للمشتري [119].

وضـــمان التعرض الشخصي من البائع ينتقل إلى ورثته من بعده .

جزاء عدم التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي :

نفرق هنا بين ما إذا كان التعرض مادياً أو قانونياً :

أولاً : جزاء الإخلال بضمان التعرض المادي :

للمـــشتري فـــي حالة تعرض البائع له مادياً بأية صورة من الـــصور الـــسابقة، حق اللجوء إلى التنفيذ العيني إن كان ممكناً، وله

---

(١١٨) د/ حمدي عطيفي، ص ٢٤٨ .

(١١٩) د/ ســمير تــناغو، عقد البيع، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٣، ص ٢٥٥، د/ حمدي عطيفي ، ص ٢٥٠ .

حــق اللجوء إلى الغرامة التهديدية لإجبار البائع على عدم التعرض له(١٢٠)، ويجوز له طلب التعويض إن كان له مقتض، وكذلك فإن من حقه اللجوء إلى فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بالضمان . وفي هذه الحالة يسترد ما دفعه من ثمن في المبيع .

<u>ثانياً : جزاء الإخلال بضمان التعرض القانوني :</u>

يجــوز للمــشتري حق الدفع بالضمان، لكي يمتنع البائع عن التعرض له، كما له حق المطالبة بالتعويض إن كان له مقتض، وله طلب فسخ العقد .

<u>ضمان التعرض الشخصي من النظام العام (١٢١) :</u>

وهــذا يعنــي أنــه يبطل كل شرط من شأنه إعفاء البائع من ضــمان التعــرض الشخصي . وذلك بموجب نص المادة / ١/٤٤٦ مدنــي والتي تنص على أنه : إذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أي استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك " .

---

(١٢٠) د/ حمدي عطيفي ، ص ٢٥٢ .

(١٢١) د/ محمد عبد الظاهر، ص ١٧٧ .

الغصن الثانـــي

" التزام البائع بضمان تعرض الغير "

لا يكفـــي ضـــمان البائع فعله الشخصي، وإنما يمتد ذلك إلى ضمان تعرض الغير، وذلك بأن يدفع عن المشتري كل منازعة توجه إليه من الغير وتبني على ادعاء حق على المبيع(١٢٢).

ولقيام ضمان التعرض من الغير لابد من توافر شروط معينة وهي :

١- يجب أن يكون تعرض الغير حالاً، أي أن يكون التعرض من الغيـــر قد وقع بالفعل، فلا يكفي أن يكون التعرض محتملاً، فمجـــرد مخاوف المشتري من وقوع الاعتداء على حقه من الغير لا يقوم به ضمان التعرض من البائع، وإنما يلزم وقوع الاعـــتداء فعـــلاً بـــأن يطالب بما يدعيه من حق على العين المبـــيعة ويـــشرع فـــي إجراءاته القانونية للحصول على ما يدعي (١٢٣). فهنا التعرض حقيقياً وحالاً . ويلزم تدخل البائع لضمان هذا التعرض من الغير ضد المشتري .

---

(١٢٢) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٣٣ .

(١٢٣) نفس الإشارة .

وبالـــرغم من تطلب ضرورة وقوع التعرض للمشتري إلا أن المـــشرع كفل له وسائل أخرى لمجرد احتمال وقوع الضرر علـــيه لحمايـــة نفـــسه، ومـــن بيـــنها حـــبس الثمن حتى يزول الـــضرر(١٢٤) وذلك طبقاً لنص المادة ٢/٢٥٧ مدني . كما يجوز له اللجوء إلى الوسائل الأخرى لحماية حقه طبقاً للقواعد العامة .

٢ - يجـــب أن يكـــون التعـــرض قانونـــياً، لا يقوم ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير إلا إذا كان التعرض قانونياً حيث يقـــع على عاتق البائع الالتزام بنقل الملكية وتمكين المشتري مـــن حـــيازة المبيع، فالتعرض المادي لا يضمنه البائع وإنما يـــضمن التعـــرض القانونـــي الذي يخل بالتزامه بنقل ملكية المبيع . ويقع على عاتق المشتري في حالة التعرض المادي من الغير حماية حقه بالوسائل التي كفلها له القانون(١٢٥).

والتعـــرض القانونـــي من الغير يكون بادعاء الغير حقاً على المبـــيع يخل بالتزامات البائع الناشئة عن عقد البيع . ومن أمثلة ذلك أن يدعـــي الغيـــر ملكية الشيء المبيع، أو يدعي بأنه مستأجر للمبيع بعقـــد يسري في مواجهة المشتري . ولا يشترط أن يكون ما يدعيه المشتري نوع معين من الحقوق على المبيع وإنما أي حق يؤدي إلى

---

(١٢٤) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٣٦

(١٢٥) د/ محمد عبد الظاهر، ص ١٨٠ .

انــتقاص المبيع وحرمان المشتري من بعض أو كل حقوقه على المبــيع، كادعائه بحق الارتفاق أو السكنى أو الملكية أو الحكر . وهنا يضمن البائع تعرض الغير للمشتري في تلك الحقوق .

٣- يجب أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على المبيع سابقاً على عقد البيع أو آل إليه بعد البيع بفعل البائع نفسه [١٢٦].

يقــوم ضــمان البائع للتعرض الصادر من الغير إذا وقع من جانبه تقصير، هدد المشتري في حقه على المبيع، ويشترط أن يكون حــق الغير الذي يدعيه قد سبق عقد البيع ولا يعلمه المشتري إذ لو علم المشتري بوجود مثل هذا الحق لما أقدم على التعاقد كحق ارتفاق موجــود قــبل إبرام التعاقد فهنا يقع على البائع ضمان التعرض من الغيــر، أو أن الحق قد نشأ بعد إبرام التعاقد وبفعل البائع نفسه فعليه ضــمانه أيضاً في تلك الحالة ومثال ذلك أن يقوم البائع برهن العقار بعــد بيعه ويقوم الدائن المرتهن بتسجيل رهنه قبل تسجيل المشتري لعقــده . فهــنا نجــد أن تعرض الغير وقع بفعل البائع نفسه وعليه ضمانه .

أمــا إذا كان التعرض من الغير قانونياً ولكن لا ينسب للبائع فــيه تقــصير فــلا تقوم مسئوليته في هذه الحالة ومن أمثلة ذلك أن

---

(١٢٦) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٣٨.

يكتسب الغير على المبيع حقاً بالتقادم تبدأ مدته منذ إبرام عقد البيع، أو أن تنزع ملكية المبيع للمنفعة العامة . فهنا لا يوجد تقصير من البائع في التزاماته، ولا يقع على عاتق البائع ضمان .

جزاء إخلال البائع بضمان تعرض الغير (١٢٧) :

إذا أخـل البائع بضمان تعرض الغير فللمشتري حق اللجوء إلـى التنفيذ العيني، وكما سبق فإن ضمان تعرض الغير يكون دائماً بفعـل قانونـي فلا يضمن البائع التعرض المادي من الغير ومن ثم فعلـى البـائع أن يقوم بالدفاع عن المشتري ضد ادعاء الغير، وذلك بمنع التعرض .

وكـذلك إذا وقـع التعـرض القانوني من الغير برفع دعوى الاستحقاق فعلى المشتري أن يدخل البائع معه في الدعوى إذا لم يقم البائع بالتدخل في الخصومة من تلقاء نفسه .فهنا لو نجح البائع بمنع تعـرض الغير للمشتري يكون قد نفذ التزامه بالضمان تنفيذاً عينياً، وإذا لـم يستطع دفع هذا التعرض فهنا على البائع تعويض المشتري وذلك يعد تطبيقاً من تطبيقات الالتزام بمقابل.

---

(١٢٧) د/ حمـدي عطيفـي ، ص ٢٦٢ . وقد سبق وأن أشرنا إليها عند الحديث عن التعرض الصادر من البائع شخصياً .

كمـا أن للمـشتري الحـق في اللجوء إلى الفسخ إن كان له مقتض مع التعويض .

وأخيراً فإن التزام البائع بضمان تعرض الغير ليس من النظام العـام كما في ضمان تعرضه الشخصي، فيجوز الاتفاق على إعفاء البائع منه.

الفرع الثانـي

" ضمـان الاستحقـاق "

يـضمن الـبائع تعرضه الشخصي وتعرض الغير للمشتري، وذلـك بـأن يمنع كما سبق القول أي اعتداء يقع على حق المشتري علـى المبيع كلياً أو جزئياً . وذكرنا أن التعرض الذي يضمنه البائع مـن الغيـر هـو التعـرض القانوني فقط . ومن ثم عليه منع هذا التعـرض، أمـا إذا فشل البائع في منع تعرض الغير للمشتري، بأن اسـتحق جـزء أو كـل المبـيع للغير، فعليه هنا أيضاً ضمان هذا الاستحقاق وذلك على أساس التنفيذ بمقابل[١٢٨] وذلك في حالة فشل الـبائع فـي تنفـيذ التـزامه عيناً بمنع التعرض والدفاع عن حقوق المشتري[١٢٩].

وسـوف نتـناول ضـمان الـبائع للاسـتحقاق فـي النقاط الآتية :-

---

(١٢٨) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٤٢ .

(١٢٩) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٤٣ .

أولاً : حالات رجوع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق :

يحـق للمـشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق في الحالات التالية :

أ – إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق فتدخل البائع وفشل في دفع تعرض الغير وثبت الحق للغير (المتعرض) .

ب – إذا أخطـر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ولم يتدخل البائع لدفـع التعـرض من الغير وثبت حق للغير، ولم يستطع البائع إثبات خطأ المشتري أو تدليسه .

ج – إذا لـم يـتدخل البائع في دعوى الاستحقاق بالرغم من إخطار المـشتري له، وتصالح المشتري مع المتعرض أو أقر له بحقه على المبـيع، ولم يستطع البائع دفع تعرض الغير . فيرجع المشتري على البائع بما تصالح به مع المتعرض .

د – توقـي المشتري استحقاق المبيع . وذلك بأن يتفق المشتري مع الغير على نزول الغير عن حقه، بعد ما يتبين للمشتري صدق ادعاء الغير بالحق على المبيع، مقابل أن يقوم المشتري بدفع مقابل للغير . وهـنا يرجع المشتري على البائع بما أداه للمتعرض . وذلك بموجب نـص المـادة / ٤٤٢ مدنـي والتـي نصت على أنه : " إذا توقى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شـيء آخـر، كـان للـبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد

للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات " .

ويفهم من هذا النص أن حق المشتري في الرجوع على البائع في حالة دفع مبلغ للغير مقابل عدم الاستحقاق يستلزم أن يكون سبب الاستحقاق راجعاً إلى البائع، وأن يكون اتفاق المشتري مع الغير مقابل توقي الاستحقاق .

ثانياً : تقدير التعويض في حالة الاستحقاق :

قد تنتهي دعوى الاستحقاق التي يرفعها الغير على المشتري بالحكم لصالحه، أو باعتراف المشتري بحق الغير أو تصالحه معه . وفي تلك الحالة يرجع المشتري على البائع بقيمة ما استحق . وقد نظم المشرع قواعد تقدير التعويض في حالة الاستحقاق، سواء أكان الاستحقاق كلياً أو جزئياً، كالتالي :

١ - التعويض في حالة الاستحقاق الكلي :

نظمت المادة / ٤٤٣ مدني مسألة التعويض في حالة استحقاق المبيع للغير كلياً والتي نصت على أنه " إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع :

١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .

٢- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .

٣- المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية .

٤- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠ .

٥- وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

هذا كله ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله " .

ومن ثم، فإن عناصر التعويض في حالة الاستحقاق الكلي تشمل: [١٣٠]

<u>أ - قيمة المبيع والفوائد القانونية :</u>

يلتزم البائع بدفع قيمة المبيع إلى المشتري متى استحق المبيع، ويقصد بقيمة المبيع قيمته وقت الاستحقاق وليس ثمن المبيع

---

(١٣٠) ومن أمثلة الوسائل التي كفلها المشرع للمشتري في حالة التعرض المادي من الغير دعاوي الحيازة والشكاوي إلى الجهات الإدارية المعنية .

عــند الــشراء حتى ولو كان قدر المبيع يزيد عن الثمن الذي دفعه المشتري في المبيع، على أساس أن قيمة المبيع وقت الاستحقاق هي التي تحدد الضرر الذي وقع على المشتري من جراء استحقاقه[١٣١]. ولا يحق للمشتري أن يرجع بفرق القيمة بين ثمن المبيع وقدره وقت الاستحقاق إذ قد ينتقص قيمة المبيع من استعمال المشتري له .

وإلــى جانب حق المشتري في قيمة المبيع وقت الاستحقاق، علــى البائع أيضاً أن يدفع للمشتري الفوائد القانونية زيادة على قيمة المبــيع وتحــسب هــذه الفوائد من وقت استحقاق المبيع، ويعد ذلك خــروجاً علــى القــواعد العامة والتي تقضي بعدم استحقاق الفوائد القانونــية إلا مــن وقــت المطالبة القضائية بها .وهذه الفوائد نتيجة حرمان المشتري من استعمال المبيع والانتفاع به من وقت استحقاقه للغير، وكتعويض له[١٣٢].

<u>ب – قيمة الثمار التي ردها المشتري للمتعرض (المستحق) :</u>

الأصل أن الثمار حق للمشتري منذ تمام البيع ولا يلتزم بردها إذا كــان حــسن النــية، أي لا يعلــم بسبب الاستحقاق ولكن يلتزم المــشتري برد الثمار إلى المستحق منذ زوال صفة حسن النية عنه،

---

(١٣١) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٣٩

(١٣٢) د/ حمدي عطيفي ، ص ٢٦٥ .

وذلــك منــذ يــوم رفــع الدعوى عليه من المستحق[١٣٣] . ويرجع المــشتري علــى البائع بثمن الثمار التي لولا الاستحقاق لكانت ملكاً للمشتري وحقاً له .

ج – المــصروفات الــنافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق، والمصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية :

١ – المصروفات الضرورية :

ونميــز هــنا بين ما إذا كانت النفقات ضرورية لحفظ المبيع وصــيانته فهــنا يطالــب المشتري المستحق بها ولا يرجع بها على الــبائع، ولا تدخل ضمن عناصر التعويض . لأنه يتصور أن يسترد المشتري المصروفات التي دفعها لحفظ المبيع وصيانته مرتين، مرة مــن المــستحق ومرة أخرى من البائع . فالمستحق هو المطالب بها وحده وإذا لم يقم بدفعها يحبس المشتري المبيع حتى دفعها[١٣٤].

٢ – المصروفات النافعة :

وهــي التــي تــؤدي إلــى زيادة قيمة المبيع دون أن تكون ضــرورية لحفظــه وصيانته وهنا يختلف الأمر بحسب ما إذا كان المشتري حسن النية أو سيء النية، فإذا كان المشتري حسن النية أي

---

(١٣٣) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٤٦ .

(١٣٤) راجع في ذلك تفصيلاً د/مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق .

لا يعلـم بالاسـتحقاق كـان علـى المستحق دفع أقل القيمتين، قيمة المـصروفات أو قـيمة الـزيادة في ثمن المبيع[١٣٥] . أما إذا كان المـشتري سيء النية فهنا لا يلتزم المستحق إلا برد قيمة الزيادة في ثمن المبيع فقط .

ولا يـرجع المـشتري على المستحق إلا ببعض المصاريف النافعة ويرجع على البائع بما لم يرجع به على المستحق .

٣- المصروفات الكمالية :

وهـي التي تكون بقصد الزينة والزخرفة ويلتزم بها البائع إذا كـان سـيء النية ولا يلتزم المستحق بدفع أي من تلك المصروفات الكمالية بأي حال من الأحوال[١٣٦] .

٤- المصروفات القضائية :

ويقـصد بها مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق . فيـرجع المشتري على البائع بما تكبده من مصروفات لرفع دعوى الـضمان على البائع،وكذلك مصروفات دعوى الاستحقاق التي ترفع مـن الغيـر علـيه[١٣٧]. ولكن يستثنى من تلك المصروفات ما كان

---

(١٣٥) راجع في ذلك د/ حمدي عطيفي ، ص ٢٧٤ . وما بعدها .

(١٣٦) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٥٣ .

(١٣٧) د/ حمدي عطيفي ، ص ٢٧٧ .

يـستطيع المشتري توقيه لو أخطر البائع بدعوى الضمان في الوقت المناسب .

وتعـد تلك المصروفات من أتعاب محامين ونفقات السير في إجـراءات الدعوى من عناصر التعويض في حالة الاستحقاق الكلي للمبيع .

٥ – كل ما أصاب المشتري من ضرر :

نـصت المادة/ ٤٤٣/٥ مدني على أن البائع يلتزم " بتعويض المشتري بوجه عام عما لحقه من خسارة أو ما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع "

وقـصد المشرع من ذلك هو عدم تحميل المشتري لأي نفقات تكـبدها فـي المبـيع ومن بين تلك النفقات نفقات السمسرة ورسوم تـسجيل العقـد ومـصاريف الانتقال لمعاينة المبيع وكذلك ما فات المشتري من كسب بسبب ضياع الصفقة من يده بسبب الاستحقاق . وكل ذلك طبقاً للقواعد العامة في التعويض .

(٢) التعويض في حالة الاستحقاق الجزئي :

يكـون الاستحقاق الجزئي في حالة عدم استحقاق المبيع كلياً، فـإذا كـان الثابت للغير على المبيع حق ارتفاق أو انتفاع أو إيجار يـسري في مواجهة المشتري فهنا يكون الاستحقاق جزئياً . وكذلك

يكـــون الاســـتحقاق جزئياً إذا ثبتت ملكية للغير على جزء من المبيع وليس كله . وقد نظمت المادة / ٤٤٤ مدني حالة الاستحقاق الجزئي للمبيع حيث نصت على أنه :

١- إذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلاً بتكليف، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد كان له أن يطالـــب البائع بالمبالغ المبينة في المادة (٤٤٣) على أن يرد له المبيع وما أفاده منه.

٢- فـــإذا اخـــتار المشتري استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبيّن في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

ومـــن خـــلال هـــذا النص يتضح أن الحكم يختلف في حالة الاســـتحقاق الجزئي بين ما إذا كان النقص في المبيع جسيماً أو غير جسيم كالتالي:(١٣٨)

أ – إذا كان النقص في المبيع جسيماً :

ومعيار النقص الجسيم هو أن المشتري لو علم هذا النقص في المبـــيع قـــبل الـــتعاقد لمـــا أقدم على إبرام العقد، بحيث يفوت على المـــشتري غرضه من المبيع . وللمشتري في تلك الحالة الخيار بين

---

(١٣٨) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٥٦ .

رد مـــا بقى من المبيع إلى البائع ويرجع عليه بضمان الاستحقاق . وبـــين أن يبقـــي علـــى المبيع بالرغم من النقص ويرجع على البائع بالتعويض عن الضرر الذي أصابه .

ب – إذا كان النقص في المبيع غير جسيم :

فللمـــشتري هنا الرجوع على البائع بالتعويض عما لحقه من أضرار من جراء الاستحقاق الجزئي للمبيع .

ويـــرجع إلـــى نية المشتري في بيان ما إذا كان النقص الذي لحق المشتري جسيماً أو غير جسيم . فلو كان النقص يفوت غرض المشتري من المبيع كان النقص جسيماً بحيث لو علمه المشتري قبل التعاقد لما أبرم العقد .

ومحكمة الموضوع هي التي تقدر ذلك بسلطتها التقديرية(١٣٩).

ثالثاً : الاتفاق على تعديل أحكام الضمان :

مـــن المسلم به أن قواعد الضمان القانوني ليست من القواعد الآمـــرة، ولـــذلك يجـــوز الاتفاق بين المتعاقدين على مخالفتها وذلك بتقديـــر قـــواعد اتفاقـــية ويـــسمى الضمان في هذه الحالة بالضمان الاتفاقي(١٤٠).

---

(١٣٩) د/ حمدي عطيفي ، ص ٢٧٩ .

(١٤٠) د/ عبد المنعم البدراوي " الوجيز في عقد البيع، ١٩٨٥، ص ٣٣٤ .

وتنظم المادتان / ٤٤٥، ٤٤٦ مدني مسألة تعديل أحكام الضمان .

فالمادة / ٤٤٥ مدني تنص على أنه " ١- يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو ينقصا منه أو أن يسقطان هذا الضمان . ٢- ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو أن البائع قد أظهره للمشتري . ٣- ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي " .

والمادة / ٤٤٦ مدني تنص على أنه " ١- إذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أي استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك . ٢- أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إلا إذا ثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار " .

ولدراسة موضوع تعديل أحكام الضمان لابد من طرح التساؤلات الآتية :

هل يجوز الاتفاق على زيادة الضمان ؟

زيادة الضمان يعني تشديد أحكام الضمان، وهي من المسائل النادرة الحدوث في الواقع العملي[١٤١] ويجوز الاتفاق على تشديد أحكام الضمان لصالح المشتري لا لصالح البائع .

ولكن يشترط أن ينص على ذلك صراحة وبصورة واضحة في العقد فلا يمكن أن يستفاد ذلك ضمنياً من العقد، وأي شك في هذا الشرط يفسر لمصلحة البائع[١٤٢].

هل يجوز الاتفاق على إنقاص الضمان أو الإعفاء منه ؟

قد يتفق المتعاقدان على تحديد المسئولية بالنسبة للبائع في حالة الاستحقاق وكذلك بإعفائه من الضمان في حالة الاستحقاق . وبذلك يجوز الاتفاق على إنقاص الضمان أو الإعفاء منه .ويستوي أن يصرح الطرفان بذلك في العقد أو يستفاد ضمنياً من العقد . ولكن قد يفترض قيام الاتفاق على الإعفاء من الضمان في حالة وجود ارتفاق ظاهر على العقار المبيع أو يكون البائع قد أظهر ذلك للمشتري، فعلم المشتري في تلك الأحوال قرينة قانونية على الاتفاق على الإعفاء من ضمان هذه الارتفاقات[١٤٣].

---

(١٤١) د/ حمدي عطيفي ، ص ٢٨١ .

(١٤٢) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٥٩ .

(١٤٣) د/ محمد عبد الظاهر، ص ١٨٨ .

ويشترط لصحة هذا الاتفاق بأن يكون البائع حسن النية، لم يتعمد إخفاء الأسباب التي تؤدي إلى استحقاق المبيع عن المشتري . وكذلك يجب أن يكون الاتفاق على الإعفاء متعلقاً بضمان الاستحقاق المترتب على فعل الغير وليس على فعله هو .

هل يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان؟

يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان وذلك في حالات ثلاثة وهي [١٤٤]:

١ – إذا كان الاستحقاق قد نشأ بفعل الغير .

٢ – إذا كان المشتري يعلم سبب الاستحقاق وأعفى البائع من ضمان الاستحقاق .

٣ – إذا كان المشتري قد اشترى ساقط الخيار مجازفاً من غير بحث أو ترو في قبول أو عدم قبول الصفقة .

الفرع الثالث

" التزام البائع بضمان العيوب الخفية "

لا يكفي التزام البائع بأن يضمن للمشتري حيازة هادئة ومستقرة، وإنما يلزم أن يوفر للمشتري حيازة نافعة، ولا تكون الحيازة نافعة للمشتري إلا إذا كان المبيع خالياً من أي عيوب تقلل من منفعته أو تنقص من قيمته [١٤٥].

---

(١٤٤) د/ حمدي عطيفي ، ص ٢٨٣ .

(١٤٥) د/ محمد عبد الظاهر، ص ١٨٨ .

وينظم المشرع التزام البائع بضمان العيوب الخفية في المواد ٤٤٧ إلى ٤٥٤ مدني .

ومن سياق نصوص هذه المواد يمكن دراسة التزام البائع بضمان العيوب الخفية من خلال النقاط الآتية :

أولاً : معنى العيب الموجب للضمان(١٤٦):

يمكن الوصول إلى معنى العيب الخفي الموجب للضمان من نص المادة ٤٤٧ مدني والتي تنص على ما يلي :

" ١- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل المشتري وجودها فيه . أو إذا كان بالمبيع عيب وينقص من قيمته، أو من منفعته بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده " .

وقد عرفت محكمة النقض المصرية العيب الخفي بأنه " الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع " .

---

(١٤٦) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٦٤ .

ويتضح من جماع ذلك أن العيب الخفي الموجب للضمان "هو العيب الذي ينقص من قيمة أو نفع المبيع ويؤدي إلى عدم توافر الصفات التي كفل البائع وجودها في المبيع" .

ثانياً : شروط ضمان العيوب الخفية :

لا يكفي وجود عيب في الشيء المبيع، حتى يقوم ضمان البائع وإنما يجب توافر شروط معينة لقيام هذا الضمان، أهمها :

١- أن يكون العيب خفياً :

لكي يقوم ضمان البائع للعيب الذي ينقص منفعة المبيع، أو يقلل من صلاحياته، يجب أن يكون العيب خفياً، ويكون العيب خفياً إذا لم يعلم به المشتري وقت تمام البيع، ويكون العيب ظاهراً إذا كان المشتري يعلمه وقت البيع، بل قد يكون العيب ظاهراً بالرغم من عدم علم المشتري به، إذا كان يستطيع تبينه إذا بذل عناية الشخص المعتاد(١٤٧).

ولذلك يكون العيب خفياً إذا لم يستطع المشتري تبينه إذا بذل عناية الشخص المعتاد، وتعذر الكشف عنه، ومعيار الشخص المعتاد معيار موضوعي لا يلتفت فيه إلى ظروف المشتري الخاصة .

---

(١٤٧) د/ حمدي عطيفي ، ص ٢٨٧ .

وقـد يـستعين المـشتري لبيان هذا العيب إلى ذوي الخبرة والتخـصص وهذا أمر ضروري لفحص المبيع . فلو كان المشتري يـريد شراء دراجة بخارية مثلاً فيلزم الاستعانة بخبير في الدراجات البخارية .

أمـا إذا كـان العيب يتطلب فحصاً غير عادي فهنا لا يكون المشتري مقصراً إذا لم يعلم به أو لم يسع إلى كشفه .

ومـن ثم فإن للمشتري حق الرجوع بالضمان للعيوب الخفية حتـى ولو بعد إبرام عقد البيع، وذلك إذا أثبت المشتري تعمد البائع إخفاء العيب الموجب للضمان، أو أثبت غش البائع .

ويسقط حق المشتري في الضمان إذا كان عالماً بالعيب الخفي وقت البيع .

ومـن أمثلة العيوب الخفية في الأرض الزراعية وجود المياه الجوفـية وكثـرة الأملاح بها وفي المنزل أن تكون مواد البناء غير صالحة .

٢ – أن يكون العيب قديماً :

لكـي يقـوم ضمان البائع للعيوب الخفية لابد أن يكون العيب موجـوداً في المبيع وقت تسليمه للمشتري . فالعبرة إذاً بوقت التسليم

للمـــشتري . ومـــن ثـــم إذا طرأ العيب على المبيع لا يعد عيباً خفياً موجباً للضمان لأنه ليس عيباً قديماً في المبيع .

ومـــن أمثلة ذلك بيع حيوان يحمل جرثوماً لمرض معين ولم تظهر أعراض المرض عليه إلا بعد التسليم [١٤٨]. سواء وجد العيب وقت انعقاد البيع أو بعده .

وتحديـــد ما إذا كان العيب الموجود في المبيع يوجب الضمان أم لا ، أو ما إذا كان العيب قديماً أم طارئاً يترك لمحكمة الموضوع، ولها أن تستعين بالخبراء لتحديد تاريخ نشوء العيب الخفي [١٤٩].

٣- أن يكون العيب مؤثراً :

لكـــي يكون العيب مؤثراً وفقاً لنص المادة / ٤٤٦ مدني لابد وأن يـــؤدي إلى نقص قيمة المبيع، أو نفعه بحسب الغاية المقصودة، أو يـــؤدي إلـــى عدم استعمال المشتري للمبيع في الغرض الذي أعد له [١٥٠].

ولذلك لا يكون العيب مؤثراً إذا كان العيب لا ينقص من قيمة المبـــيع، أو كان النقص في المبيع نقصاً تافهاً . وكذلك حالة التسامح

---

(١٤٨) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٦٥ .

(١٤٩) د/ حمدي عطيفي ، ص ٢٨٩ .

(١٥٠) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٦٧ ، ص ٢٦٨ .

فـــي هـــذه العيوب بمقتضى العرف السائد وذلك طبقاً لنص المادة / ٤٤٨ مدنـــي ولذلك لا يكون العيب مؤثراً إذا كان إصلاحه لا يحتاج إلا لقدر يسير من النفقات (١٥١). ولا يقوم ضمان البائع لتلك العيوب.

ثالثاً : أحكام ضمان العيوب الخفية :

متـــى وجـــد العيب بالمبيع وتوافرت فيه شروط العيب الخفي يلـــزم أن يقوم المشتري بإخطار البائع بوجود هذا العيب ثم بعد ذلك عليه رفع دعوى الضمان(١٥٢).

ومـــن ثم لقيام ضمان العيوب الخفية لابد من القيام بإجراءين من قبل المشتري وهما :

أ – إخطار المشتري البائع بوجود العيب :

بمقتـــضى نـــص المادة / ٤٤٩ مدني يلزم أن يقوم المشتري متـــى تـــسلم المبـــيع، بفحصه والتحقق من حالته وفقاً للمألوف في الـــتعامل وإذا وجـــد بـــه عيباً أن يخطر البائع بهذا العيب الموجب لـــضمانه خلال مدة معقولة . وإذا لم يكن من الممكن اكتشاف العيب بـــالفحص المعـــتاد، يلـــزم إخطار البائع به متى تحقق المشتري من وجوده .

---

(١٥١) نفس الاشارة .

(١٥٢) د/ محمد عبد الظاهر، ص ١٩٢ .

وإذا لــم يقم المشتري بإخطار البائع بوجود العيب يعتبر قابلاً لوجود هذا العيب بالمبيع .

ومن ثم فالعبرة في الإخطار بالعيب أن يكون المشتري عالماً بـــه بعد فحص المبيع، علم المشتري به، ويجب أن يخطر البائع بهذا العيب في مدة معقولة لقيام الضمان .

ب – رفع دعوى الضمان في الميعاد :

لا يكفي إخطار البائع بوجود العيب الخفي لقيام الضمان وإنما يلزم رفع دعوى ضمان ضد البائع، ويحكم هذه الحالة نص المادة / ٤٥٠ مدنـــي والتـــي تحـــيل إلـــى المادة / ٤٤٤ مدني لبيان أحكام الضمان.

والمـــادة / ٤٤٤ تحكـــم حالـــة الضمان في حالة الاستحقاق الجزئـــي وهـــي تفرق بين ما إذا كان نقص المبيع يرجع إلى عيب جسيم أو عيب غير جسيم(١٥٣).

ولقيام الضمان هنا يلزم أن يقوم المشتري بفحص المبيع عند تـــسلمه وفقـــاً للمألـــوف فـــي التعامل وهو يختلف عن الفحص عند الشراء(١٥٤).

---

(١٥٣) د/ حمدي عطيفي ، ص ٢٩٨ .

(١٥٤) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٧١ .

ويلزم أن ترفع دعوى الضمان من المشتري خلال مدة معينة لكـــي تقـــبل، وهـــذه المـــدة حـــددها المـــشرع بمدة سنة من تاريخ التسليم [١٥٥].

ومـــدة الـــسنة التي حددها المشرع تسري من تاريخ التسليم وليس من تاريخ اكتشاف العيب، وإذا لم يقم المشتري برفع الدعوى خـــلال تلـــك المدة سقط حقه في الضمان [١٥٦]. ويقصد بالتسليم هنا التسليم الفعلي لا التسليم الرمزي .

ويجـــوز للمـــشتري أن يرفع دعوى الضمان بعد انتهاء مدة الـــسنة إذا كـــان عدم اكتشاف العيب راجعاً إلى غش البائع أو تعمده إخفـــاء العـــيب . فهنا تتقادم الدعوى بمرور ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالعيب أو خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد .

وقـــد يـــتفق الطرفان، وخروجاً على القواعد العامة وبموجب نـــص المادة ٤٥٢/١ مدني، على إطالة مدة تقادم دعوى الضمان، بحيث تكون أكثر من سنة .

---

(١٥٥) أستاذنا الدكـــتور/ ســـمير كامـــل، ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة، دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩١ – ص ١٨.

(١٥٦) نقض مدني ١٩٤٨/٤/٨، مجموعة القواعد القانونية ـــ جـــ ٥ رقم ٢٩٦، ص ٥٨٧ .

رابعاً : سقوط الحق في الضمان[١٥٧] :

يسقط الحق في الضمان للعيب الخفي إذا مضت مدة السنة من وقت تسلم المشتري للمبيع أو بنزول المشتري عن حقه في الضمان صراحة أو ضمناً .

خامساً : البيوع التي لاضمان للعيب فيها :

بموجب نص المادة / ٤٥٤ مدني يتضح أن هناك بعض البيوع لا يسري بشأنها ضمان العيب الخفي حيث نصت المادة / ٤٥٤ على أنه " لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت عن طريق المزاد "

ومن خلال هذا النص تخلو البيوع التي تتم عن طريق القضاء جبراً عن البائع (كبيع أموال المفلس) . من ضمان العيوب الخفية[١٥٨] .

وكذلك البيوع الإدارية التي تباع بالمزاد أو البيوع التي تجريها جهة الإدارة نفسها كبيع مصلحة الضرائب لما تم الحجز عليه .

---

(١٥٧) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٧٣ .

(١٥٨) د/ حمدي عطيفي ، ص ٣٠٢ .

وفي رأينا فإن السبب في عدم سريان ضمان العيوب الخفية في البيوع المذكورة، أنها تباع بعد اتباع إجراءات طويلة، وعن طريق كراسة شروط تتضمن وصفاً دقيقاً للمبيع، وتتم بعد المعاينة الكافية من قبل الراغبين في دخول المزاد، وهذا كله يمثل ضمانات للمشتري في مثل هذه البيوع، ويسمح باكتشاف العيب الموجود بالمبيع . ومع ذلك يمكن في رأينا الرجوع على الجهة المشرفة على البيع والتي وضعت كراسة الشروط والمواصفات، على أساس عيب التدليس إذا ظهر المبيع بعد الشراء بحالة غير التي وصف بها بكراسة الشروط، ولم يكن من الممكن تبين ذلك إلا بفحص فني دقيق، لاسيما وأنه يفترض الصدق في الجهات المشار إليها .

المبحث الثاني
" التزامات المشتـــري "

تمهيـد :

يقـــع على عاتق المشتري ثلاثة التزامات رئيسة وهي مقابلة لالتـــزامات البائع، وتلك الالتزامات تنحصر في الالتزام بدفع الثمن، والالتزام بدفع مصروفات عقد البيع وتكاليف المبيع، وأخيراً الالتزام بالتسلم .

وسوف نتناول كل التزام في مطلب مستقل :

المطلب الأول
" الالتزام بالوفاء بالثمن "

الثمن ركن أساسي في عقد البيع ولا يتم العقد إلا بوجوده، فلو تخلـــف هـــذا الركن الأساسي يبطل العقد بطلاناً مطلقاً . وهو التزام رئيـــسي يقع على عاتق المشتري لابد من الوفاء به، وسوف نتناول الالتـــزام بدفـــع الـــثمن من خلال بيان مضمون ، وكيفية الوفاء به، وأخيراً نوضح جزاء الإخلال بهذا الالتزام . وذلك كما يلي :

الفرع الأول

" مضمون الالتـــزام "

الالتـــزام بدفـــع الثمن التزام يقع على عاتق المشتري مقابل التـــزام الـــبائع بـــنقل الملكية وإذا استحال تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكـــية لا يجوز له الرجوع على المشتري بدفع الثمن(١٥٩). ولا يقع علـــى عاتق المشتري الالتزام بدفع الثمن الوارد في العقد فقط، وإنما أيضاً دفع فوائد الثمن، ومصروفات الوفاء بالثمن.

(١) التزام المشتري بدفع الثمن :

الـــثمن كركن من أركان العقد كما سبق القول يلتزم المشتري بدفعـــه، ســـواء المقدر في العقد أو المقدر حسب الأسس الموضوعة لتقديـــره . إذا لم يكن مقدراً في العقد . وقد يلتزم المشتري بدفع ثمن أكبـــر مـــن المـــتفق عليه في العقد وذلك في حالات معينة، كما لو وجـــدت زيـــادة بسيطة في قدر المبيع عند التسليم وكذلك في حالات الغبن . وقد يدفع المشتري ثمناً أقل من المتفق عليه وذلك في حالات التسعيرة الجبرية وكذلك حالة وجود عجز في المبيع(١٦٠) .

---

(١٥٩) د/ سمير كامل، المرجع السابق، ص ٤٢ .

(١٦٠) نفس الإشارة .

(٢) التزام المشتري بدفع مصروفات الوفاء بالثمن :

يلتـــزم المـــشتري بدفع مصروفات الوفاء بالثمن وذلك طبقاً لـــنص المادة/ ٣٤٨ مدني والتي تقضي بأن تكون نفقات الوفاء على المـــدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . والمشتري هو المـــدين هـــنا ومن ثم يقع على عاتقه دفع مصروفات الوفاء بالثمن، ومن بين تلك المصروفات مصاريف إرسال الثمن عن طريق حوالة بنكية أو بطريق البريد أو تكليف شخص آخر بدفع الثمن للبائع(١٦١).

(٣) التزام المشتري بدفع فوائد الثمن :

يلتـــزم المـــشتري بدفع الفوائد المستحقة عن التأخير في دفع الـــثمن وكـــذلك نفقات نماء المبيع وتمامه من وقت تمام البيع(١٦٢) .

وذلك بموجب نص المادة / ٤٥٨ مدني والتي تقضي بما يلي :

١- " لاحـــق للـــبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً لأن ينـــتج ثمـــرات أو إيرادات أخرى، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره .

---

(١٦١) د/ جميل الشرقاوي ، ص ٢٨٠ .

(١٦٢) د/ حمدي عطيفي ، ص ٣٠٩ .

٢- وللمـــشتري ثمـــر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره ".

الفرع الثاني

" كيفية الوفاء بالثمن "

لمعرفة كيفية الوفاء بالثمن لابد من بيان أطراف الوفاء بالثمن ومكـــان وزمان الوفاء وطريقة الوفاء بالثمن . وأخيراً حق المشتري في حبس الثمن .

(١) أطراف الوفاء بالثمن :

مـــا يهمنا في أطراف الوفاء بالثمن هو المشتري،وهو المدين بدفـــع الـــثمن وعليه الوفاء به لو كان واحداً، أما إذا تعدد المشترون لـــشيء واحد وكانوا متضامنين يلتزمون كفرد واحد بدفع الثمن، أما إذا كانـــوا غير متضامنين فيختص كل منهم بدفع نصيبه في المبيع . ويلتزم الخلف العام بدفع الثمن عن المشتري، أما الخلف الخاص فلا يلـــزم بدفـــع الثمن للبائع . ويحق للمشتري أن ينيب شخصاً آخر أو رســـولاً عـــنه لدفـــع الثمن . والطرف الثاني هو البائع الذي له حق اســـتيفاء الثمن . وكذلك لدائنيه الحق في استيفاء الثمن من المشتري في حدود ما تقضي به القواعد العامة في الوفاء .

(٢) زمان ومكان الوفاء بالثمن :

يحكـــم زمان الوفاء بالثمن نص المادة ١/٤٥٧ والتي تقضي بأن يكون " الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك " .

فوقت الوفاء بالثمن من جانب المشتري هو الوقت الذي يتسلم فـــيه المبـــيع من البائع . وذلك بموجب اتفاق بين المتعاقدين وإذا لم يحـــدد الـــبائع والمشتري ميعاداً للوفاء بالثمن فيرجع إلى العرف إن وجد(١٦٣).

وأمـــا عـــن مكان الوفاء بالثمن فيحكمه نص المادة / ٤٥٦ مدنـــي والتي تنص على ما يلي : " ١ – يكون الثمن مستحق الوفاء فـــي المكان الذي سلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك . ٢– فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع، وجب الـــوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن " .

ومـــن ثم يحدد الاتفاق المكان الذي يتم فيه الوفاء بالثمن، وإذا لم يوجد اتفاق فيرجع إلى العرف(١٦٤). وإذا لم يوجد اتفاق أو عرف

---

(١٦٣) راجع ما سبق ص ١١٥ وما بعدها

(١٦٤) د/ محمد عبد الظاهر، ص ٢٠٠ .

يكــون الثمن مستحقاً في مكان التسليم . وإذا كان الثمن غير مستحق عـند التـسليم فيكون موطن المشتري هو مكان الوفاء بالثمن، طبقاً للقـواعد العامــة التي تجعل من موطن المدين بالالتزام مكان الوفاء بالالتزام (١٦٥).

(٣) طريقة الوفاء بالثمن :

قــد يـتفق الطرفان على طريقة الوفاء بالثمن في العقد، فقد يكــون دفعــة واحدة أو على أقساط . أو بأي طريقة يراها الطرفان مناسبة .

ومــن ثــم يخضع الوفاء بالثمن للطريقة التي يراها الطرفان وينص عليها في العقد .

(٤) حق المشتري في حبس الثمن :

الالتزام بدفع الثمن هو مناط التزامات المشتري، وهو الالتزام الرئيــسي الذي يقع على عاتقه، ولكن يحق للمشتري أن يقوم بحبس الثمن إذا لم يقم البائع بتنفيذ أحد الالتزامات الملقاة على عاتقه، ويعد ذلــك تطبيقاً للقواعد العامة. وذلك بأن يدفع المشتري بعدم التنفيذ في حالــة عــدم تنفيذ البائع لما التزم به(١٦٦). وهذا هو الحق في حبس الثمن.

---

(١٦٥) المادة / ٤٥٢ مدني .
(١٦٦) د/ حمدي عطيفي ، ص ٣١٢ .

*** الحالات التي يحق فيها للمشتري حبس الثمن[١٦٧] :**

هناك ثلاثة حالات يحق فيها للمشتري حبس الثمن تحت يده، وهي :

الحالة الأولى :

إذا تعرض أحد للمشتري في وضع يده على المبيع مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل إليه من البائع . وهذا يقابل التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق، وهنا يحق للمشتري إذا لم يكن قد دفع الثمن أن يحبس الثمن عن البائع حتى ولو كان مستحق الوفاء. وحبس الثمن مرتبط بضمان التعرض وتوافر شروطه، فإذا لم تتوافر شروطه فلا مجال للحديث عن الحق في الحبس.

الحالة الثانية :

إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري . وهنا يحق للمشتري طالما أن هناك أسباباً تدعو إلى نزع ملكية المبيع أن يقوم بحبس الثمن . ولا يشترط المشرع أن تنزع ملكية المبيع بالفعل وإنما يكفي أن يكون هناك خشية من وقوع مثل هذا الأمر، ولكن لا بد وأن يكون هناك سبب جدي يدعو إلى وجود مثل هذه الخشية من

---

(١٦٧) د/ محمد عبد الظاهر، ص ٢٠٢ .

نــزع ملكية المبيع من يد المشتري[١٦٨]. ومن الأسباب الجدية التي تدعــو إلى خوف المشتري من نزع ملكية المبيع من يده، أن يكون المبــيع محمل بحق اختصاص[١٦٩] أو رهن[١٧٠] أو حق ارتفاق ولو لم يتعرض صاحبه بالفعل للمشتري في انتفاعه بالمبيع[١٧١] .

الحالة الثالثة :

حالــة اكتــشاف عــيب فــي المبيع يضمنه البائع مما يعطي للمشتري الحــق في حبس الثمن . ولكن بشرط ألا يكون هناك اتفاق صريح بإعفاء البائع من العيوب التي تظهر بالمبيع .

الفرع الثالث

" جزاء الإخلال بالالتزام بالوفاء بالثمن "

الالتــزام بدفــع الثمن من الالتزامات الرئيسة التي تقع على عاتــق المشتري إن لم يكن هو الالتزام الأول والرئيسي والذي تدور حــوله باقي الالتزامات الأخرى . وكما تقدم فإن الثمن ركن أساسي في عقد البيع وإذا لم يقم المشتري بالوفاء بالثمن المتفق عليه أو الذي تــم تقديره ففي تلك الحالة تترتب حقوق للبائع وهي الحق في حبس

---

(١٦٨) نفس الإشارة .

(١٦٩) نقض مدني : ١٩٨٦/٥/٦ – مجلة القضاة – عدد ١٩٨٨ – ص ٩١ .

(١٧٠) المادة / ٤٥٢ مدني .

(١٧١) د/ حمدي عطيفي، ص ٢٣٨ .

المبـــيع والحق في التنفيذ العيني وأخيراً الحق في فسخ العقد . وهي نتائج مترتبة على عدم تنفيذ المشتري لالتزامه بالوفاء بالثمن .

(١) حق البائع في حبس المبيع :

يحــق للبائع طبقاً لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبـــين أن يقــوم بحبس المبيع إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد(١٧٢). هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع . وكـــذلك يحق للبائع حبس المبيع إذا سقط حق المشتري في الأجل . وإذا هلــك المبــيع في يد البائع خلال مدة الحبس يكون الهلاك على المــشتري ولـــيس على البائع ما لم يكن الهلاك بفعله، ويحق له بيع المبيع إذا خيف عليه من الهلاك أو التلف أثناء مدة الحبس .

وقــد تناولـــنا أحكام حق البائع في حبس المبيع ضمن التزام البائع بالتسليم .

وينقضي حق البائع في الحبس في الحالات الآتية(١٧٣) :

- إذا نزل عنه البائع بمحض إرادته .
- إذا خرج المبيع من تحت يده باختياره وبموجب إرادته .
- إذا دفع المشتري الثمن كله وفوائده للبائع .

---

(١٧٢) د/ رمضان أبو السعود، ص ٣٧١ .

(١٧٣) د/ حمدي عطيفي، ص ٢٣٨ .

(٢) حق البائع في طلب التنفيذ العيني :

متـــى تسلم المشتري المبيع وجب عليه دفع الثمن، وإذا لم يقم بدفع الثمن في الموعد المتفق عليه، حق للبائع بأن يوقع الحجز على أمـــوال المـــشتري بما فيها المبيع لاستيفاء حقه في الثمن . وله في اســـتيفاء الـــثمن حق امتياز على المبيع يتقدم به على سائر الدائنين للمشتري .

(٣) حق البائع في فسخ البيع :

متـــى لم يقم المشتري بدفع الثمن المستحق ولم يطالب البائع بالتنفـــيذ العيني جبراً على أموال المشتري، حق للبائع وطبقاً للقواعد العامة بأن يطالب بفسخ عقد البيع مع التعويض إن كان له مبرر .

*** حالة الفسخ في بيع المنقول في القانون المدني :**

تخضع هذه الحالة لحكم المادة / ٤٦١ مدني والتي تقضي بأنه " فـــي بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الـــثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفـــع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، وهنا ما لم يوجد اتفاق على غيره " .

وهنا يقع الفسخ في حالة بيع المنقول بموجب اتفاق بين البائع والمـــشتري على فسخ العقد إذا لم يقم كل منهما بتنفيذ التزامه، وذلك

دون حاجة إلى حكم أو إعذار . ويكون الفسخ بقوة القانون في تلك الحالة ويعد هذا خروجاً على القواعد العامة في الفسخ والتي تقضي بضرورة الإعذار قبل الفسخ وأن يكون ذلك بحكم قضائي .

والحكمة في هذه الحالة الخاصة بالمنقول هو تقلب أسعار المنقولات، وما تتعرض له البضائع من تلف بمرور الوقت، وما تتطلبه التجارة من سرعة في المعاملات[١٧٤]. وبالتالي يهدف المشرع إلى حث المشتري على سرعة دفع الثمن وعدم التأخر فيه حتى لا يضار البائع من ذلك .

وشروط تطبيق حكم المادة / ٤٦١ هي :

١- أن يكون المبيع من العروض أو المنقولات المادية، وبالتالي لا يسري حكم المادة / ٤٦١ على العقارات .

٢- أن يقع ذلك بموجب اتفاق بين البائع والمشتري على التسليم ودفع الثمن أو بما يقضي به العرف .

٣- أن يتأخر المشتري عن دفع الثمن في الميعاد المحدد وألا يكون ذلك التأخير راجعاً إلى فعل البائع .

---

(١٧٤) د/ محمد عبد الظاهر، ص ٢٠٨.

المطلب الثاني

" التزام المشتري بدفع المصروفات "

يلتـــزم المشتري إلى جانب دفع الثمن، بدفع مصروفات البيع وتكالـــيف المبـــيع، وإذا امتـــنع عن ذلك كان للبائع حق طلب التنفيذ العيني، أو حبس المبيع أو فسخ البيع، وذلك كما يلي :

أولاً : مصروفات البيع :

تـــنص المـــادة / ٤٦٢ مدنـــي على أن : " نفقات عقد البيع ورســـوم الدمغـــة والتسجيل وغير ذلك من المصروفات، تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك" .

وبمـــوجب ذلـــك لا يلزم المشتري بدفع الثمن فقط وإنما يلزم بدفع المصروفات اللازمة لإتمام العقد وتسجيله وترتيب آثاره .

وقد نص المشرع على تحميل المشتري بمصروفات البيع ما لم يوجد اتفاق بين البائع والمشتري على خلاف ذلك، فقد يتم الاتفاق علـــى أن يـــتحمل البائع جزءً من هذه المصروفات . أو أن يجري العرف على تحمل البائع جزءً منها كمصروفات السمسرة مثلاً حيث جرى العرف على أن يتحمل المشتري جزءً والبائع جزءً آخر (١٧٥).

---

(١٧٥) د/ رمضان أبو السعود، ص ٣٩٠ .

وقــد ورد فــي النص ذكر بعض المصروفات التي يتحملها المشتري وبالإضافة إلى ذلك مصروفات المحاماة، ونفقات استخراج الشهادات العقارية ورسوم تحرير العقد والتصديق عليه .

ويلتــزم المــشتري بدفع كل ما يلزم لإتمام العقد وما يعد من مــصروفات العقــد . ولكــن يتحمل كل متعاقد نفقات تنفيذ التزامه هو[١٧٦] .

<u>ثانياً : تكاليف المبيع :</u>

يقــصد بتكالــيف المبيع مصروفات حفظه وصيانته ونفقات اســتغلاله مــن وقــت تمــام البيع حتى يتم تسليمه، ويدخل في هذه التكاليف الضرائب المفروضة على المبيع[١٧٧].

ويحكم ذلك نص المادة / ٢/٤٥٨ مدني والتي تنص على أن " للمــشتري ثمــر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره ".

وهكــذا يــتحمل المشتري نفقات المبيع إذ لم يكن هناك اتفاق مــسبق علــى تحمل البائع جزءً منها سواء أكان الاتفاق صريحاً أو ضمنياً، أو جرى العرف على غير ذلك .

---

(١٧٦) د/ مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام – الجزء الثاني .
(١٧٧) د/ رمضان أبو السعود، ص ١٠٠ .

ولذلك إذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف سائد يقضي بأن يدفع البائع تكاليف المبيع، يقع على عاتق المشتري دفع تلك التكاليف، وإذا قام البائع بدفعها يرجع على المشتري بما دفع .

ثالثاً : جزاء الإخلال بالالتزام بمصروفات البيع[١٧٨] :

إذا لم يقم المشتري بدفع مصروفات المبيع يحق للبائع اللجوء إلـــى القضاء مطالباً إياه بتنفيذ عين ما التزم به، كما أن له الحق في حـــبس المبيع، وأخيراً يجوز له طلب فسخ العقد إذا توافرت شروط الفسخ .

المطلب الثالث

" التزام المشتري بتسلم المبيع "

تقـــدم أنـــه يقـــع على عاتق البائع الالتزام بتسليم المبيع إلى المـــشتري ولا يشترط أن يقع التسليم فعلياً لقيام البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم، ولكي يتم التسليم فعلياً لابد أن يوفي المشتري أيضاً بالتزامه بتسلم المبيع .

ويحكـــم الالتزام بالتسلم نص المادة / ٤٦٣ مدني والتي تنص علـــى أنه " إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجـــب علـــى المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن " .

---

(١٧٨) د/ حمدي عطيفي، ص ٣٤٣.

ومن هنا فالالتزام بالتسلم من قبل المشتري هو تكملة لالتزام البائع بالتسليم ولذلك فمكان وزمان التسليم هو زمان ومكان التسليم . والذي قد يحددهما العرف أو الاتفاق[١٧٩] .

ونفقات التسلم تقع طبقاً لنص القانون على عاتق المشتري باعتباره المدين في هذا الالتزام وعليه نفقات الوفاء بالتزامه ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك[١٨٠].

وتشمل مصروفات التسلم نفقات نقل أو لف أو حزم المبيع .

جزاء إخلال المشتري بالتزامه بالتسلم :

إذا امتنع المشتري عن تسلم المبيع فهنا يعد مخلاً بالتزامه الناشئ عن البيع، وتنعقد مسئوليته طبقاً لقواعد المسئولية العقدية، والتي تعطي للبائع الحرية في الاختيار بين التنفيذ العيني وبين الفسخ مع التعويض إنْ كان له مقتض في الحالتين[١٨١] .

ولكن الفسخ نادر الوقوع في الحياة العملية حيث لا يؤدي الإخلال بهذا الالتزام إلى ضرر بالغ للبائع في الغالب .

---

(١٧٩) نقض مدني: ١٩٤٥/٤/٢٦ -المجموعة -جـ٤ - رقم ٢٤٥-ص ٦٤٥.
(١٨٠) نقض مدني : ١٩٧٥/١٢/١٠ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٦ - رقم ٢٠١ - ص ١٦٠٦ .
(١٨١) د/ رمضان أبو السعود، ص ٣٨٤ .

خلاصة الفصل الثاني

تناول الفصل الثاني الآثار المترتبة على عقد البيع، وذكرنا أن هـذا العقـد من العقود التبادلية الملزمة للجانبين، ومن ثم فهو ينشئ التزامات متقابلة في ذمة طرفيه .

فيلتـزم البائع بنقل ملكية المبيع، وتسليم المبيع، وضمان التعرض والاستحقاق، كما يلتزم بضمان العيوب الخفية .

وفي هذا المجال أوضحنا كيفية تنفيذ الالتزام بنقل الملكية في المنقول المعين بذاته، ثم في المنقول المعين بنوعه، ثم في العقارات، حيث أشرنا إلى أن الملكية لا تنتقل في العقارات سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، إلا بالتسجيل بما في ذلك دراسة دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع، ثم بينا آثار عقد البيع العقاري بعد التسجيل وأثر سوء النية على أسبقية التسجيل، وهذا كله تناولناه في مبحث أول .

وفي المبحث الثاني عرضنا التزامات المشتري وأهمها الالتزام بدفع الثمن وبينا أحكامه، ثم الالتزام بتسلم المبيع، وأخيراً الالتزام بدفع المصاريف، سواء مصاريف عقد البيع أو مصاريف ونفقات المبيع .

أسئلة الفصل الثاني

س١) اشرح كيفية نقل الملكية في :

أ- المنقول المعين بذاته .

ب- المنقول المعين بنوعه .

س٢) وضح آثار عقد البيع العقاري قبل التسجيل، وكيف يمكن إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار تنفيذاً عينيا ؟

س٣) وضح بالتفصيل التزام البائع بتسليم المبيع من حيث مضمون هذا الالتزام وتنفيذه وأحكامه وجزاء الإخلال به ؟

س٤) اكتب بالتفصيل في التزام البائع بضمان العيوب الخفية ؟

س٥) وضح مع الشرح التزام المشتري بدفع الثمن وجزاء الإخلال به ؟

س٦) يلتزم البائع بضمان التعرض – اشرح ذلك تفصيلاً ؟

تم بحمد الله وعونه

المحتويـــــــــــات

تم بحمد الله وعونـــــه